UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

DES EFFETS
DES
PROMESSES DE MARIAGE
ÉTUDE
HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

AUGUSTE MOURGUÈS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

AIX-EN-PROVENCE
PAUL POURCEL SUCCESSEUR
Imprimeur de la Cour d'Appel
De l'Université et des Grandes Administrations
53, Cours Mirabeau, 53

1901

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547006_0020

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE — FACULTÉ DE DROIT

DES EFFETS

DES

PROMESSES DE MARIAGE

ÉTUDE
HISTORIQUE ET CRITIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

AUGUSTE MOURGUÈS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

ACAD.
LUGDUNT.
BIBL.

AIX-EN-PROVENCE
PAUL POURCEL SUCCESSEUR
Imprimeur de la Cour d'Appel
De l'Université et des Grandes Administrations
53, Cours Mirabeau, 53

—

1901

INTRODUCTION

Une longue évolution s'est accomplie dans la législation qui règle la matière du mariage et nous assistons, dans les divers chapitres de cette étude, à l'affaiblissement progressif de l'un des éléments de la formation du lien conjugal : les fiançailles, ou pour mieux dire à la transformation et au déplacement de l'accord de volonté des futurs époux. Dans les lois primitives, les fiançailles marquent une époque décisive engendrant des effets nettement déterminés et se rapprochant beaucoup de ceux dérivant du mariage accompli ; dans les anciennes sociétés romaines, germaniques, scandinaves, françaises mêmes, elles en sont le fondement nécessaire et la première phase. Cette importance diminue peu à peu à mesure que l'on se rapproche de notre droit actuel et leur existence disparait à son avènement. Aujourd'hui, elles ne forment plus un contrat spécial, ayant un caractère propre, particulièrement règlementé et produisant des effets originaux, elles ne sont qu'une promesse ordinaire dépourvue de toute forme solennelle et dont l'exécution se heurte a bien des difficultés. Cette déca-

dence peut s'expliquer par l'évolution parallèle de la solennité du mariage et de l'indépendance de la femme.

Nous verrons qu'à l'époque primitive de l'histoire de Rome, alors que le mariage n'est encore qu'une cérémonie de famille et n'exige le concours d'aucune autorité civile ou religieuse, c'est la promesse de se prendre plus tard pour mari et femme qui emprunte la formule solennelle de la sponsio et c'est de cette forme que vont dériver les effets rigoureux qui tendent à rendre la promesse obligatoire. A l'époque classique au contraire où les formalités du mariage commencent à se préciser on veut que rien ne vienne auparavant diminuer la liberté que les contractants doivent avoir entière à ce moment : par elles-mêmes les sponsalia n'auront plus aucune force. Cette évolution est plus sensible encore dans le droit germanique où les fiançailles ont une importance considérable. Elles sont la base et l'élément constitutif du mariage car à cette époque aucune célébration n'est nécessaire, l'union conjugale est un contrat qui sera parfait lorsque le consentement des parties et la cohabitation seront réunis. Cette importance subsistera jusqu'au jour où, sous l'influence religieuse, la bénédiction nuptiale sera exigée et fera du mariage un contrat solennel. La même transformation, sous l'influence de la même cause, s'est produite enfin dans notre ancien droit français. A l'origine, alors que le mariage n'est encore qu'un contrat consensuel, les fiançailles en

sont le prélude nécessaire car ce sont elles qui contiennent l'échange des consentements. Elles produisent à peu près les mêmes effets que lui jusqu'au jour ou le concile de Trente fit de la célébration solennelle une des conditions de la valadité de l'union. Dès lors, la solennité de la forme pour la manifestation de la volonté est le point de départ et la condition même de l'existence du mariage, le mariage consensuel est aboli, les sponsalia de futuro n'ont plus qu'une autorité morale, dépourvue de toute sanction. La dernière étape de cette évolution aboutit à notre loi actuelle qui adopte l'ancien principe. Le mariage est un contrat solennel qui se passe tout entier devant l'officier de l'état civil. De là, une tendance très marquée à rejeter tout ce qui précède et à ne voir dans les fiançailles que la persistance d'un simple usage en opposition souvent avec les idées du législateur moderne. La promesse antérieure n'engendrera aucune obligation et ne produira aucun effet, toute autre solution irait contre le but même de la solennité du contrat. Si la jurisprudence actuelle en arrive à sanctionner indirectement la promesse de mariage ce n'est que par un détour, lorsqu'il y a eu dommage et tout en reconnaissant la nullité de l'obligation originaire.

Une autre cause d'affaiblissement de la valeur juridique des fiançailles, apréciable surtout dans les législations primitives, est due au développement de la personnalité juridique de la femme. A mesure que son indépendance se développe au détriment du droit de puissance auquel était sou-

mise, les fiançailles perdent leur caractère obligatoire et le contrat se transforme. A l'époque où la femme est encore considérée en droit comme une chose, son consentement n'est pas requis. Les fiançailles sont un contrat réel passé entre celui qui est investi de ce droit de puissance et le fiancé, elles sont un accord de volontés auquel la femme est complètement étrangère et qui a pour but de régler les conditions dans lesquelles la tradition de l'épouse sera effectuée. Ainsi envisagées, elles ne se distinguent pas des autres contrats, elles sont la base et le préliminaire obligé de tout mariage : puis-puisqu'elles contiennent l'accord des volontés, la livraison de la femme et la cohabitation qui suffisent à former le mariage, n'en seront qu'une conséquence. Plus tard, avec le perfectionnement de la civilisation et sous l'influence des idées religieuses, la femme acquiert une personnalité juridique. Dès lors, sa volonté sera non seulement consultée, mais son consentement sera nécessaire pour former le contrat de fiançailles, qui sera désormais uniquement passé entre les parties contractantes elles mêmes. Cette transformation du contrat qui nous occupe aura pour conséquence directe de permettre aux parties de se dédire jusqu'au jour où le mariage sera accompli.

Telles sont les causes générales de l'évolution des fiançailles. Nous allons les retrouver et en étudier les effets dans les divers chapitres de cette étude.

DROIT ROMAIN

A Rome presque toujours les justes noces étaient précédées d'arrangements passés entre le paterfamilias ou le fiancé lui-même s'il était sui juris, et la personne ayant autorité sur la jeune fille (1). Ces préliminaires qui avaient pour but de régler l'union des futurs époux et d'assurer la stabilité, la sécurité et l'avenir de la famille qu'ils allaient fonder pri-

(1) Il est à remarquer que, à l'origine, le père de la jeune fille stipule et promet le mariage en son nom personnel sans que le consentement de la fiancée semble requis. Il résulte de certains textes que la jeune fille ne pouvait pas se refuser aux fiançailles lorsqu'on lui présentait une personne de sa condition. L. 12 § 1, D. XIII, 1, *de sponsalib.* Plus tard avec le consentement du *paterfamilias*, il fallut en outre le consentement de la filiafamilias. — Julien L. 11 D. *de sponsalib*, XXIII, 1. Tandis que pour le fils de famille, s'il ne consent pas, nous dit Paul, les fiançailles ne peuvent pas se faire en son nom. L. 13 D. eod. tit. Tout au plus le *paterfamilias* pourrait-il prendre un engagement soumis à la condition de sa ratification postérieure. Pompinius, L. 5 D. eod. tit.

rent, dès le début. le nom de sponsalia. Leur origine est très ancienne et cet usage se trouve observé déjà chez les peuples du Latium comme nous l'apprend le témoignage de Servius Sulpitius rapporté par Aulu-Gelle (1). Les familles romaines avaient même l'habitude de fiancer leurs enfants très jeunes et nombreux sont les exemples de fiançailles faites presque au berceau.

Comme leur nom l'indique la formule à l'origine employée était celle de la sponsio (2). C'était la plus ancienne et la plus romaine et c'était elle qui engendrait les conséquences les plus importantes dans le droit primitif.

Pour étudier les effets de ces sponsalia il faut se placer à deux époques différentes dans l'histoire de Rome et distinguer le droit primitif du droit de l'époque classique dans lequel les fiançailles prennent un aspect tout à fait nouveau soit dans la forme du contrat soit surtout dans leurs conséquences.

(1) Aulu Gelle : noct. att. IV, 4.

(2) Le mot despondere s'employait pour le fiancé, tandis que le mot spondere était réservé au contraire pour désigner l'acte de celui qui fiance la jeune fille. Donat note sur le vers 75, scène 1 acte I Andrienne de Terence, despondi proprie nam de sponso dicitur quia spondet puellæ pater despondet adolescentis. Adelphes act. IV, sc. 7, note sur le vers 16. Despondet puellam qui petit, spondet a quo petitur. On ajoutait d'ordinaire à la formule l'exclamation : « Dii bene vortant ! »

Droit primitif

Dans l'ancien droit romain tant qu'on n'avait pas prononcé les paroles solennelles de la sponsio il n'y avait pas fiançailles mais simples promesses de se fiancer qui n'avaient aucune valeur juridique et ne produisaient aucun effet civil La jeune fille n'était pas encore sponsa, mais seulement sperata(1)..

Une fois les paroles prononcées, quels vont être les effets de la stipulation ? Nous savons par le texte de Servius Sulpitius rapporté par Aulu Gelle (2)

(1) Nonius Marcellus (éd. Quicherat. p. 509), inter speratam et dictam et sponsam hoc interest quod virgo, priusquam petatur sperata dicitur. . . . Dehinc promissa, dicta, vel pacta vel sponsa dici potest. »

(2) Aulu-Gelle : noct. att. IV. 4 — « Sponsalia in ea parte Italiæ, quæ Latium appelabatur, hoc more atque jure solita fieri, scripsit Servius sulpitius in libro quem scripsit de dotibus: « qui uxorem, inquit. ductus erat, ab eo unde ducenda erat stipulabatur eam in matrimonium daturum ; ductum iri qui ductus erat, itidem spondebat. Is contratcus spulationem sponsionumque dicebatur sponsalia. Tum quæ promissa erat, sponsa appellabatur, qui spoponderat ducturum. sponsus. Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur qui stipulabatur ex sponsu agebat.

Judices cognoscebant. Judex quamobrem data acceptave non esset uxor, quærebat. Si nihil justæ causæ videbatur, litem pæcunia æstimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum qui sponderat (aut qui stipulatus erat) condemnabat. » Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. Hæc eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit. »

quel était l'effet des fiançailles chez les peuples du Latium avant que la loi Julia ne vint conférer, en l'an 664, le droit de cité à toute l'Italie. Après les promesses réciproques des parties, si la fiancée n'était pas donnée en mariage, uxor non ducebatur, ou si le fiancé ne remplissait pas son engagement, la partie trompée, le stipulant, pouvait agir par l'actio ex sponsu. C'était le juge qui en connaissait. Il avait à rechercher les causes qui avaient pu motiver le refus et s'il ne les trouvait pas il avait lieu alors à l'arbitrium litis æstimandæ : le litige était évalué en argent et la partie en faute condamnée au quanti interfuerat eam uxorem accipi aut dari.

Outre le témoignage tiré de l'ouvrage de Servius Sulpitus sur les dots, Aulu-Gelle nous apprend que Neratius donnait la même solution dans son livre sur les noces, ouvrage aujourd'hui également disparu. Tel était donc le vieux droit du Latium : formation des fiançailles par voie de stipulations réciproques, et comme conséquence directe, action donnée à la partie trompée qui lui permettait d'arriver à une condamnation représentative de l'intérêt en jeu.

Le Droit romain primitif a-t-il admis sur ce point les mêmes principes ? Cette question est discutée et a été résolue suivant les auteurs dans des sens différents. Hennecius (1) et M. d'Ihering (2) soutien-

(1) Heineccii, antiq. roman. synt. app. lib. I, §§ 49, 86 et lib. III, tit. 16, § 20.

(2) L'esprit du droit romain, trad. Meulenaere tome II, page 219 et s.

nent qu'à cette époque, aucune action n'est attachée à la conclusion des fiançailles, en s'appuyant sur le grand principe romain de la liberté du mariage qui alla jusqu'à permettre le divorce par voie de repudium unilatéral (1). « Pourquoi, dit M. d'Ihering, aurait-on attaché aux fiançailles une force obligatoire plus grande qu'au mariage ? on aurait du s'attendre plutôt au contraire. Et quelle eut été l'utilité pratique d'une telle mesure ? Lorsque le fiancé ou le père de la fiancée s'opposait à la célébration du mariage, l'action ex sponsu, croit-on, pouvait les y contraindre ? Mais à quoi bon cette contrainte si les deux époux pouvaient ensuite dissoudre le mariage ? La voie était toute tracée pour annuler entièrement les effets d'une action en cette matière, et ce n'est certes pas aux Romains que l'on peut attribuer la création d'un circuit aussi inutile. »

Enfin dit-on, à ne s'en tenir qu'au texte, il est évident qu'il ne parle que d'une institution exclusivement latine. Servius Sulpitius, Neratius et après eux Aulu-Gelle ne mentionnant pas l'existence de l'action ex sponsu à Rome, il est évident que cette action ne devait pas exister car sinon un rapprochement forcé s'imposait à l'esprit et du moment qu'il n'en est pas question c'est qu'ils en ignoraient l'existence. A cela on peut répondre avec Cujas, d'Hotman (2) de Voët, Toullier (3) que si, à première vue, l'idée

(1) L. 2 C. J. de inutil. stipul. VIII, 39 — Paul L. 134, pr. de verb. oblig. XLV 1.
(2) Hotman, de sponsalib disput. cap. 4, tome 1.
(3) Toullier, droit civil, tome 6, page 307.

d'une force obligatoire attachée aux promesses de mariage se concilie peu avec l'extrême liberté qui doit présider à la conclusion et au lien du mariage lui-même, il serait beaucoup plus étrange de supposer que les Romains aient fait si gravement échec à leur formalisme rigoureux et aient admis une stipulation qui ne fût pas garantie par une action. Toute stipulation doit donner lieu à une condictio, pourquoi faire une exception aussi grave à ce principe ? Puisque les Romains de la République se fiançaient dans la même forme que les Latins c'est-à-dire par la stipulation, il est tout naturel d'en faire découler la conséquence que ces derniers avaient déjà déduite et de donner à la partie délaissée l'actio ex sponsu.

Que les Romains, pour se fiancer, se soient servi du même procédé juridique que les Latins, cela est hors de doute. Ulpien lui-même nous le dit en termes formels : Moris fuit Veteribus, stipulari et spondere sibi uxores futuras (1). La même cause doit dès lors engendrer les mêmes effets. Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par un texte de Varron qui nous dit : « Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa ; appellabatur et pœcunia et quœ desponsata erat, sponsa » et quelques lignes plus loin il ajoute : « qui spoponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte ejus, id est volontate exierat, non enim si volebat dabat, quod sponsu erat alliga-

(1) Ulpien L. 2 D de sponsalibus XXIII. 1.

tus. *quod tum et prætorium jus ad legem et censorium judicium ad æquum existimabatur.* (1). »

Ces deux textes sont décisifs et n'ont pas besoin de commentaire. Comment le préteur aurait-il connu du contrat de fiançailles, si ce contrat n'avait pas été muni d'une action ? M. d'Ihering répond à cela en mettant en suspicion l'autorité de Varron. Au moment où il écrivait, nous dit-il, sponsio signifiait un acte civilement obligatoire et comme il désignait aussi les fiançailles (sponsalia) qui se contractaient dans la forme de la stipulation, le polygraphe a pu se tromper et croire qu'à l'origine les fiancailles avaient toute la force de la sponsio ordinaire, tandis que à cette époque,au contraire, la sponsio aurait été beaucoup plus un contrat religieux que civil.

Cette explication s'appuie sur la théorie de la distinction du fas et du jus qui repose elle-même sur des bases quelque peu hypothétiques et qui ne permettent pas de révoquer en doute les principes certains et les témoignages concluants et concordants des auteurs que nous venons de citer. Quant à l'argument tiré du silence d'Aulu-Gelle, pourquoi lui reprocher de ne pas nous donner la solution suivie en droit romain, alors que cet auteur ne fait que nous rapporter la décision d'un ancien auteur relative au droit du Latium ?

Enfin il n'est pas exact, comme le prétend M. d'Ihering, que l'idée que les romains se faisaient de

(1) Varron de lingua latina lib. V, p. 41, (éd. Lemaire 1585).

la liberté du mariage soit inconciliable avec l'existence de l'action ex sponsu attachée aux fiançailles. Quel est le but et l'effet de la condictio? A toute époque on a admis le droit absolu de rupture unilatérale du lien résultant de la promesse de mariage. Voilà en quoi consiste le principe de liberté qu'on invoque et jamais on a songé à soutenir que la condictio avait pour but l'accomplissement même du mariage. Etant donné, d'autre part, le principe que toute obligation originaire peut se résoudre en une condamnation pécuniaire, l'exercice de la condictio aura pour effet, en cas de rupture sans motifs approuvés par le juge, de faire condamner la partie défenderesse au paiement du quanti intererat. La liberté du mariage reste entière, ainsi que les effets de la stipulation.

Peut-être même faut-il aller jusqu'à admettre que, dès la formation du contrat les parties devaient évaluer elles-mêmes cette condamnation au quanti intererat, et cela par une clause pénale. Ce procédé était usité pour donner une efficacité juridique aux obligations de faire (1), certains auteurs croient même qu'il était indispensable. Pourquoi alors en aurait-il était autrement dans le contrat de fiançailles? Et si, plus tard, le droit classique ne reconnait aucune valeur à la stipulation de peine dans notre matière, n'est-ce pas justement une preuve de l'existence de cette stipulation dont on voulait suppri-

(1) L. 137 § 7 D. de verb. oblig. XLV. 1.

mer l'usage ? Enfin ce n'est qu'au moyen d'une exception que l'on peut paralyser l'effet de cette stipulation, or à l'époque où nous sommes l'exception n'est pas encore née et ne peut dès lors servir de moyen de défense pour arrêter l'efficacité de la clause pénale. Donc, tout nous porte à croire que la clause pénale était usitée en notre matière, qu'elle devait même être nécessaire.

A côté de ces effets appartenant au domaine strict de la loi, la rupture des promesses de mariage entraînait une sanction qui entre plutôt dans le domaine de la morale. Le fiancé qui manquait à son engagement était frappé de la nota censoria qui comme son nom l'indique, était infligée non par le préteur mais par le censeur. Ce dernier, comme l'établissent M. de Savigny (1) et après lui M. d'Ihering (2) s'occupait de questions touchant à la morale et surtout à la morale publique. En un mot, il statuait en dehors du jus. Relativement aux fiançailles, le texte précité de Varron nous montre que le censeur statuait ad œquum, en équité, tandis que le préteur ne pouvait le faire que ad legem, en droit. Quod tum et prætorium jus ad legem et censorium judicium ad œquum existimabatur. Le censeur ne pouvait donc infliger que la nota censoria, mais ses effets étaient assez importants et assez rigoureux pour qu'il puissent être assimilés à

(1) Traité de droit romain, trad. Guenoux, t. II. p. 195, et s.

(2) Op. cit. t. II, p. 50 et s.

une véritable condamnation afflictive et infamante. Ces effets sont les mêmes que ceux qui, plus tard, à l'époque classique, résultent de l'infamie prononcée contre le fiancé infidèle. Il est donc probable que la nota censoria n'intervenait que dans les cas qui auraient entraîné plus tard l'infamie c'est-à-dire lorsque l'une des parties s'est déjà fiancée une première fois et que,avant de s'être dégagée, soit par le consentement mutuel, soit par le repudium, elle contracte des secondes fiançailles.

Epoque classique

A cette époque qui est celle de l'empire romain, nous constatons un revirement complet dans le droit des fiançailles, soit dans leur forme, soit dans leurs effets. Elles tendent de plus en plus à se rapprocher du mariage. Le lien qui unit les fiancés va se préciser et engendrer des conséquences importantes.

La forme est changée, les paroles sacramentelles de la stipulation ont disparu pour laisser place à la plus grande liberté dans la manière d'échanger le consentement. Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia, nous dit Ulpien (1). Les mots

(1) Ulpien, L. 4 pr. D. de sponsalibus, XXIII 1.

sponsalia, sponsus, subsistent toujours pour désigner le contrat qui nous occupe, mais n'ont plus la signification exacte qu'ils avaient à l'origine. Donc plus de solennité dans la forme, mais simple consentement librement donné, tel est le nouvel aspect que vont prendre les fiançailles.

Cette évolution est la conséquence du grand principe si souvent répété par les auteurs relatif à la liberté du mariage. La liberté la plus grande doit présider à sa formation, telle est la règle fondamentale ; les romains l'ont même dénaturée et faussée en l'appliquant au mariage accompli, et sous le prétexte que la volonté ne doit jamais être entravée et qu'on ne doit pas se trouver engagé contre son gré dans les liens du mariage ils en sont arrivés à admettre la liberté illimitée dans le droit de rompre l'union conjugale. De là une grande dépravation des mœurs qui fait dire à Sénèque que les femmes même illustres et nobles comptaient leurs années par le nombre de leurs maris (1).

Les fiançailles qui sont le prélude du mariage, ne doivent pas avoir plus de force que lui. Il eut été illogique de déclarer liés des fiancés qui une fois mariés auraient pu immédiatement rompre leur union. Elles ne peuvent être qu'une union résoluble au gré de chacun des contractants et la réciprocité des volontés n'est même pas nécessaire. Chaque partie

(1) Martial en cite une qui en épousa dix dans un mois ; et il ajoute : quæ nubit toties, non nubit, adulter a lege est. — livre 6 épig. 7.

a le droit d'envoyer à l'autre un repudium dont la formule se rapproche beaucoup de celle du divorce (1). Non seulement ce droit appartient isolément au fiancé et à la fiancée mais encore à la personne sous la puissance de laquelle ils se trouvent. Point n'est besoin même en principe de donner les motifs de la rupture ; ils seront cependant toujours donnés car c'est d'eux que va dépendre la question de savoir si les arrhes vont êtres restituées ou non.

Le consentement des futurs époux doit être absolument libre au jour du mariage et ne peut être influencé ni directement, ni indirectement. Aussi à l'époque classique, toute clause pénale, pœna, jointe à une promesse de mariage est-elle inopérante, car elle aurait pour effet indirect de mettre une entrave au grand principe de liberté : ihonestum visum est, matrimonia vinculo pœnæ astringi sive futura, sive jam perfecta, nous disent les textes (2). Et cette prohibition s'applique non seulement lorsque ce sont les futurs époux eux-mêmes qui ont inséré la clause génale qui doit les condamner en cas de rupture, mais encore lorsque ce sont leurs parents qui ont fait cette stipulation,

(1) En cas de divorce on disait : « Tuas res tibi habeto ». Tandis que la formule de la rupture des fiançailles était : « Tua conditione non utor » Modestin L 101 § 1, D., de verbo signif. L. 16, — Gaïus, L. 2 § 2, D. de divort. et repud. XXIV, 2. — Diocletien et Maximien, L. 1. C. J. de sponsalib. V 1.

(2) Paul, L. 134. pr. D. de verb, oblig. XLV, 1 — L. 5, in fine C. de sponsalib. V. 1. — L. 2, C. J. de inatil. stipul. VIII, 39.

parce que, nous dit le jurisconsulte Paul (1), cette action serait contraire aux bonnes mœurs, elle devra être repoussée par l'exception générale de dol. Papinien (2) va plus loin encore et décide que le préteur devra refuser toute action à la partie trompée.

Telle est la législation romaine de l'époque classique au sujet de la valeur juridique du contrat de fiançailles. Il est curieux de constater l'évolution subie depuis l'origine. Dans le droit primitif c'est la formule de la stipulation qui donne sa force à la promesse. De plus, les parties sont obligées d'insérer une clause pénale pour arriver à un résultat. A cette époque, elles doivent, dans les procès d'obligation, évaluer le litige et ce résultat sera obtenu par la clause pénale. C'est donc elle qui donnera une efficacité à la promesse de mariage et permettra au juge, en cas de rupture, de prononcer une condamnation qui sera celle que les parties auront fixée d'avance par la pœna. A l'époque classique au contraire, le nudus consensus suffit pour donner naissance à la promesse de mariage sans qu'il soit besoin de l'entourer d'aucune forme juridique. Ce consentement doit être librement donné et aussi librement retiré de la part de chacune des parties sans que ce droit de retrait puisse être entravé. Par voie de conséquence, non seulement la

(1) L. 134, précitée.
(2) Papinien, L. 71 § 1, D, de condition. et démonst, XXXV, 1.

stipulation de peine devient inutile, mais elle doit être proscrite.

Cette législation relative au dédit de mariage subsista jusqu'au Bas-Empire. A cette époque l'empereur Léon modifie, dans sa Novelle 18, le droit préexistant. Il rétablit la stipulation de peine et décide que la pœna devra être payée par le sponsalium eversor. Cette décision n'est d'ailleurs qu'un exemple de la tendance accusée par le droit du Bas-Empire de restreindre la liberté des parties dans notre matière, tendance due à l'influence des idées et de la morale chrétienne.

Si rien ne peut venir directement donner une efficacité juridique aux fiançailles, en pratique cependant il s'était introduit un usage dont le but et l'effet se rapprochent beaucoup de la clause pénale. Dès le IV^e^ siècle, le fiancé romain avait coutume de remettre des arrhes à sa fiancée au moment de de la formation du contrat. Ce procédé, imité de la vente, poursuit, ici comme là, un double but ; c'est une manifestation de l'accord de volonté entre les partis et un moyen de dédit,c'est à la fois une preuve de l'existence et un signe de la fragilité du contrat. Le fiancé seul, à l'exemple de l'acheteur, devait fournir des arrhes qu'il donnait à la jeune fille et le plus souvent à sa famille. S'il rompait sans justes motifs, elles étaient perdues pour lui, sa fiancée avait le droit de les garder. A l'inverse, si la rupture venait du côté de la jeune fille, celle-ci devait les restituer à un taux qui varia suivant les époques et suivant les cas.

Si les fiançailles sont rompues sans la faute de la future épouse, il suffit qu'elle restitue purement et simplement le montant des arrhes qu'elle a reçues.(1).Parmi les causes qui entraînent cette simple restitution, on peut citer: la mort de l'une des parties avant qu'elle ait été mise en demeure d'accomplir son engagement (2) ou le consentement réciproque, repudium voluntarium, le cas où la fiancée n'aurait pas encore obtenu la venia ætatis (3), son intention d'entrer dans cloître (4), l'existence, ignorée des parties au moment de la formation du contrat, d'un empêchement au mariage (5); en un mot toutes les fois qu'il y a une juste cause de dédit, les arrhes doivent être rendues (6).

Si au contraire, c'est par la faute de la fiancée ou de sa famille que les fiançailles sont rompues, la règle est qu'elle doit restituer plus que ce qu'elle a reçu. Primitivement la fiancée qui se retirait ainsi devait rendre le quadruple (7). Mais nous ne pouvons pas savoir si les arrhes données étaient comptées dans cette évaluation ou si elles devaient être restituées en plus. La loi 5. C. J, de sponsalibus, décide en effet que les arrhes reçues comptaient dans

(1) L. 3. C. J. de sponsalib. V, 1.
(2) Cod. V. 1, l. 3.
(3) Cod. V. 1, l. 5. pr.
(4) Cod. I, 3. de episcopis et clericis l. 56, 3e et 4e phrase.
(5) Cod. V. 1, l. 5. 4e phrase
(6) Cod. V. 1, l. 5 précitée, 5e phrase. Les arrhes doivent aussi être rendues lorsque le mariage a eu lieu.
(7) L. 6, code théod. de sponsalib. III 5 — L. unic. code théod. si nupt. ex rescrit. pet. III, 10.

cette peine du quadruple, tandis que la loi unique C. théod. nous dit que les arrhes sont rendues cum quadrupli pœna, c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas compter dans l'évaluation.

Les empereurs Gratien, Valentinien et Théodose, en 380, adoucirent un peu cette rigueur et distinguèrent quatre cas (1).

1° Une jeune fille de moins de 10 ans est fiancée par ses parents : en cas de rupture il n'y aura lieu qu'à simple restitution des arrhes, parce les fiançailles contractées avant cet âge n'exemptaient pas des peines édictées par les lois caducaires et dans ce cas on ne pouvait pas dire que la peine du quadruple était compensée par l'avantage résultant de la non application de ces lois.

2° La jeune fille est fiancée entre 10 et 12 ans ; en cas d'inexécution ce sont ses parents qui devront payer le quadruple ; la fiancée ne devra rien personnellement, car ce n'est pas elle-même qui a contracté les fiançailles.

3° La veuve qui se fiance elle-même subira, le cas échéant, la peine du quadruple.

4° La jeune fille a plus de douze ans lorsqu'elle est fiancée : elle devra payer le quadruple et si elle prouve qu'elle s'est fiancée sur la volonté de ses parents et contre son gré, elle pourra répéter contre eux la somme qu'elle a été obligée de payer. Mais si elle s'était fiancée contre leur gré, elle ne devrait

(1) L. 6, code théod. de sponsalib. III, 5.

rien payer, car dans ce cas son engagement étant nul, n'a pas pu faire naître une obligation valable.

Les empereurs Léon et Anthémius, en 469, abaissèrent le taux de cette restitution au double en y comprenant les arrhes elles-mêmes (1), et encore fallait-il que la fiancée fût majeure de 25 ans et qu'elle n'eût pas une juste cause de désistement ignorée d'elle lors de son engagement. Le texte nous indique comme exemples de justes causes : la turpitude, la prodigalité, l'impuissance du fiancé, la diversité des religions.

Enfin, il y a un cas dans lequel les arrhes ne doivent même pas être restituées et peuvent être gardées à titre lucratif. Cette hypothèse est réglée par une constitution de Gratien, Valentinien et Théodose qui prévoient le cas des fiançailles contractées dans sa province par le gouverneur ou par une personne de sa famille ou de sa suite. Le mariage dans cette hypothèse est impossible mais les fiançailles sont autorisées (2) ; le mariage ne pourra se célébrer que lorsque le gouverneur sortira de charge. A ce moment si la jeune fille refuse, elle n'encourra aucune peine. D'après la constitution précitée, elle aura même le droit de garder les arrhes ; il est vrai que Paul le lui refuse, mais il ne l'oblige qu'à une simple restitution (3).

(1) L. 5, § 1, C. J. de sponsalib. V. 1. — L. 16 code. de episcop. aud. I. 4.
(2) L. unique, C. J. si rector prov. V. 2.
(3) Paul, l. 38 pr. D XXIII, 2.

Il ne faut pas cependant exagérer la portée de cette coutume et penser que par cet usage on était arrivé à tourner la prohibition de la loi relative à la stipulation de peine, et par suite le principe de la liberté du mariage. Nous ne savons pas d'une manière bien précise quelle était la valeur de ces arrhes, mais tout donne à penser que leur quotité ne devait pas être élevée de façon à pouvoir remplacer la pœna prohibée.

A ce sujet, et sous le bénéfice de la remarque que nous venons de faire, il est intéressant de rechercher pourquoi les Romains annulent la stipulatio pœnæ jointe aux promesses de mariage et autorisent la perte des arrhes ou d'un multiple des arrhes ?

Au premier abord, il semble qu'il y a là une contradiction ou tout au moins un manque d'harmonie difficile à expliquer de leur part, la liberté du consentement étant aussi bien entravée par la clause pénale que par la perte des arrhes. Il n'en est rien cependant. Il faut remarquer d'abord que les arrhes ne produiront leur effet que lorsqu'il n'y aura pas juste motif de dédit. Tandis que la pœna peut s'appliquer même dans ce cas et l'on comprend que les Romains aient eu moins à redouter les effets de la stipulation d'arrhes que celle de la clause pénale : celle-ci en définitive ne s'appliquera que dans les ruptures intempestives, et si le consentement devait être libre, il ne devait pas cependant être livré au caprice de chacune des parties. D'autre part, les Romains ont bien compris la grande différence qui

sépare ces deux institutions et, en prohibant l'une et en autorisant l'autre, ils ont obéi au même sentiment d'intérêt supérieur qui inspire plusieurs dispositions protectrices de leurs lois et qui consiste à distinguer la dation de la promesse. Dans le premier cas, les parties savent à quoi elles s'obligent. En fixant le taux des arrhes, elles prévoient en même temps le multiple qu'elles s'exposent à restituer dans certains cas. De plus, il y a un élément matériel de tradition qui appelle forcément l'attention sur les conséquences du contrat dans l'esprit de celui qui donne et de celui qui reçoit.

Enfin cette prestation se faisant au moment même de la formation du contrat, implique un accord sérieux de volontés qui rendra les chances de rupture plus rares et par conséquent plus rares aussi les chances de restitution, et dans ce cas, la partie aura connu exactement les conséquences auxquelles elle s'exposait, et qu'elle devait forcément prévoir.

Toutes ces raisons n'existent pas ou tout au moins avec bien moins de force dans la clause pénale. L'évaluation de la stipulatio pœnæ, il est vrai, est aussi laissée au libre choix des parties, mais elle n'engendre qu'une obligation éventuelle dont l'effet est éloigné et comme telle donnant peu à réfléchir aux parties d'autant plus que dans leur pensée elles sont persuadées que cette éventualité ne se réalisera jamais et rien ne vient, au moment du contrat, affaiblir cette croyance ; il n'y a pas cette

dépossession et ce sacrificee actuels dont la portée va se faire immédiatement sentir, il n'y a pas en un mot cet intérêt et ce sentiment de propriété qui est la plus sûre garantie contre les dations exagérées.

La liberté du consentement au mariage sera gravement atteinte par la menace de la pænæ en cas de dédit, tandis que, au contraire, l'actualité du sacrifice dans la dation des arrhes assurera leur modicité. C'est le même motif que nous retrouvons dans le senatus-consulte Velleien prohibant l'intercession des femmes et leur permettant au contraire la dation. (1) C'est encore au même sentiment qu'obéit la loi Julia de adulteriis, qui autorise le mari à aliéner le fonds total avec le consentement de sa femme, tandis qu'elle défend aux deux époux, de constituer hypothèque sur ce fonds. (2)

A côté de l'usage en vigueur à Rome de donner des arrhes à propos des fiançailles, il y avait une autre coutume, datant de l'antiquité la plus reculée, qui subsiste encore de nos jours et qui consistait en cadeaux (3) et donations faits par le futur époux à la jeune fille et à sa famille. (4) Il

(1) L. 1 pr. D. ad. s.c. Velleï, 16, 1.
(2) Inst. quib. alienare licet. II, 8, pr.
(3) Ces cadeaux consistaient surtout en objets de toilette et de parure. Parmi eux figuraient les présents symboliques tels qu'un camée représentant Psychée dont Éros tire les cheveux et signifiant : « Mon âme est torturée par l'amour. » (René Ménard, la vie privée des anciens). Suetone, Octave. V. 3. — Pline. Epistol. I. 9. — Senèque, de bénéficiis IV. 39. 3.
(4) Code L. 2 de don. ante nuptias, V. 3. — Papinien L. 32. § 1. D. de negot. gest. III. 5.

paraît que la réciproque était rare et que rarement les donations émanaient de la jeune fille. Cela tient, non pas comme disent les auteurs, quod avara est mulier et avarissimum genus mulierum (1), mais parce que l'organisation romaine du mariage ne rendait utile la donation ante nuptias qu'au profit de la fiancée (2). Cette raison nous donne l'explication de l'importance qu'avaient ces donations et de la généralité de cet usage (3).

Quel va être leur sort, quels vont être à leur égard les effets de la promesse de mariage ? Tout d'abord il faut remarquer que ces donations devaient toujours précéder le mariage, fût-ce de quelques heures et ne pouvaient pas être reportées, quand à leur exécution, au jour de la célébration ; il fallait donc que la donation fut définitive et non faite sous la condition suspensive que la propriété des choses données ne serait acquise au donataire qu'après le mariage, car dans ce cas c'eut été une véritable donation entre époux et nulle comme telle (4).

(1) L. 5 C. Théod. de sponsalib. III. 5.

(2) Même après la création de l'actio rei uxoriæ, la femme n'avait aucun gain de survie. Le mariage accompagné de la manus lui permettait bien de recueillir, loco filiæ, une certaine part dans la succession de son mari, mais ces mariages étaient rares, et il ne restait plus à la femme que le testament de son mari.

(3) Pour donner une idée de cette généralité, il suffira de dire qu'on avait fini par désigner la donation elle-même par le mot sponsalia, confondant ainsi dans la même expression la cause et l'effet.

(4) Modestin L. 27, D. de donat. inter. vir, et uxor, XXIV, 1 — L. 6, C. J. de donat. ante nup. V. 3.

Deux hypothèses doivent être envisagées à propos de la restitution des donations ante nuptias. Si les parties ont, dans un pacte adjoint, exprimé leur volonté de subordonner la donation à la condition résolutoire de la rupture, le donateur pourra, lors de la réalisation de cette modalité, repéter les biens donnés par l'action personnelle, par la condictio ob rem dati causa non secuta. Ulpien (1) va plus loin, il admet dans ce cas le retour ipso jure de la propriété au tradens et lui accorde l'action in rem, la revendication qui offre plus de garanties.

Mais, en cas de donation pure et simple, ou si les parties ne se sont pas expliquées sur le point de savoir quel serait le sort des objets donnés en cas de rupture des fiançailles, les jurisconsultes considéraient la donation comme pure et simple et définitive (2) : le donataire demeurera propriétaire même si le mariage ne s'ensuit pas parce que, disent les auteurs, les parties pouvant y insérer la condition résolutoire et ne l'ayant pas fait, c'est sans doute l'affection seule et non l'idée du mariage projeté qui a motivé cette libéralité. Cette interprétation un peu subtile était le plus souvent contraire à l'intention des parties qui n'avaient gardé le silence qu'à cause de la difficulté éprouvée pour exprimer cette éventualité délicate. Aussi Constantin est-il venu modifier cette solution dans deux

(1) L. 29, D. de mortis causa donat. XXXIX, 6.
(2) L. 1, § 1, D. de don. XXXIX, 5. — Code L. 15 pr. de don. ante nupt. V. 3.

constitutions insérées au code de Justinien. La première (1), rendue en 319, décide que la condition résolutoire de la rupture des promesses de mariage sera toujours sous-entendue dans les donations entre fiancés. Si la rupture provient de la faute de la fiancée ou de sa famille, le donateur aura pour reprendre les biens donnés, le choix entre la conditio, action personnelle et la revendicatio, action réelle. Si le refus procédé du fiancé, il perdra à titre de peine les biens donnés (2). Il faut qu'il s'agisse d'une rupture non justifiée. En cas de rupture par la mort de l'une des parties, la donation est caducque (3). La seconde constitution (4), qui date de l'an 336, ne s'applique qu'au cas de rupture par la mort et introduit un criterium nouveau : si le baiser des fiançailles n'a pas été donné et reçu la donation est caducque et retourne aux parents du fiancé.

Si, *osculum intervenerit*, la future épouse doit garder la moitié des présents reçus et si c'est elle qui est morte, ses héritiers ont le même droit. Quant au fiancé il doit toujours restituer les cadeaux faits par sa fiancée, que le baiser ait été ou non échangé.

(1) L, 15, C. J. de donat. ante nuptias V. 3. — L. 2 C. Théod. de sponsalib. III, 5.

(2) Cette solution est analogue à celle qui régit le système des arrhes, sauf que les biens donnés ne doivent jamais être restitués au multiple.

(3) Si le fiancé ne laisse ni père, ni mère, ni enfant d'un précédent mariage, la fiancée est préférée aux héritiers plus éloignés et garde le bénéfice de la donation.

(4) L. 16, C. J. de donat. ante nuptias, V. 3.— L. 5, code théod. de sponsalib. III, 5.

La question que nous nous sommes posée à propos des donations ante nuptias se retrouve au sujet de la dot. Dans la constitution de dot qui est faite à la suite de la promesse de mariage, la condition résolutoire si nuptiæ sequantur est toujours sous entendue. L'union projetée ne se réalisant pas, cette constitution n'a plus d'objet, perd toute son utilité et doit être considérée comme non avenue, ainsi que les actes qui ont servi à la former (1). Quels seront dans ce cas les droits de la fiancée pour reprendre les biens donnés, surtout lorsque la contitution de dot s'est faite par voie de dation ?

Si la propriété des biens dotaux a été transférée immédiatement au futur mari, sauf obligation pour lui d'en retransférer la propriété en cas de rupture, la fiancée a le droit d'en poursuivre la restitution par la condictio causa data, causa non secuta (2). Cette action appartient personnellement à la fiancée même lorsque la constitution a été faite par une personne autre que son père à moins toutefois que cette personne se soit réservée expressément cette restitution. Quant au père, ce droit lui appartient lorsqu'il est le constituant (3).

Si la constitution de dot a été faite au futur mari sous condition suspensive, c'est-à-dire si le transfert

(1) LL. 21, 36, 37, 41, § 1, 43 pr. 68, 80, 83, D. de jure dotium XXIII, 3.

(2) L. 9, pr. D. de jure dotium, XXIII, 3.— L. 10, D. de sponsalib. XXIII, 1.— LL 6, 7, § 1, 8, D. de condict. causa data XII. 4.

(3) L. 6, § 1, D. de condict. causa data, XII, 4.

de propriété à son profit n'existe que le jour du mariage, la fiancée pourra agir en cas de rupture par la revendication (1), puisque elle n'aura jamais cessé d'être propriétaire. Le constituant étranger aura le même droit.

Tels sont les droits dont la fiancée est armée contre son futur époux, mais elle peut aussi être dans la nécessité d'agir contre les tiers. Cela se produira lorsque le futur mari aura aliéné les immeubles dotaux, les aura grevés de droits réels, ou lorsque il aura dissipé la dot mobilière et aura grevé d'hypothèques ses biens personnels pour rendre le recours de sa fiancée illusoire. Dans ce cas, la rupture survenant, la fiancée devra s'adresser aux tiers détenteurs pour la restitution des biens qui lui ont constitués en dot. Si les biens dotaux ont été donnés au futur époux sous la condition suspensive de la célébration du mariage, celui-ci n'a pas pu transférer aux tiers détenteurs plus de droits qu'il n'en avait lui-même et la fiancée aura l'action en revendication contre eux. Dans le cas de transfert immédiat fait au futur époux (2), la situation est plus grave pour la fiancée. Nous venons de voir que, dans cette hypothèse, elle n'a qu'une simple action personnelle, la condictio causa data causa non secuta. Simple créancière du futur mari elle ne pourra être, vis-à-vis des tiers,

(1) L. 7, § 3, L. 9 pr. § 1, D de jure dotium XXIII. 3.
(2) C'est le cas le plus fréquent, car lorsque les parties ne se sont pas exprimées en ce sujet, il est présumé. L. 8 D. de jure dotum XXIII. 3.

que son ayant cause et devra respecter les aliénations et les droits réels qu'il a consentis : « Lorsque le transfert, dit M. Vidal (1), a été fait sans réserve formellement exprimée et que l'obligation de rétrocéder la chose n'est qu'une conséquence du principe général que nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, c'est-à-dire nait quasi ex contractu, la condictio causa data causa non secuta est seule donnée et non la revendication. Les Romains, même à la période la plus avancée de leur législation, n'ont jamais admis la condition résolutoire tacite de notre Code, art. 1184. C'est ce qui explique comment dans les contrats innommés do ut des, do ut facias., la partie qui avait fait la donation n'avait jamais la revendication pour reprendre sa chose en cas d'inexécution de la prestation de la chose promise par l'autre, mais seulement la condictio ob rem dati. » Il en résulte que si la femme ou le constituant, pour éviter justement le danger d'être exposé aux aliénations du futur mari ont formellement exprimé cette condition résolutoire dans une clause expresse, au lieu de ne pouvoir agir que par la condictio ils pourront intenter l'action en revendication.

Sur ce point la législation romaine a été modifiée et des garanties ont été apportées à la situation de la fiancée. Le bénéfice de la loi Julia qui frappe

(1) Vidal, étude sur les moyens employés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques.

d'inaliénabilité au profit de la femme mariée les biens dotaux fut étendue à la fiancée (1). Dès-lors, ces aliénations de la part du futur époux étant nulles, celui-ci, en cas de rupture, pourra les revendiquer entre les mains des tiers détenteurs et les retransférer à la femme. Celle-ci pourra même se faire céder la revendication et agir directement contre les tiers. De même les droits réels consentis ne pourront pas s'exercer contre la femme et les biens dotaux lui reviendront libres de toutes charges.

Si la dot est mobilière, la fiancée a à redouter l'insolvabilité du futur mari et le remboursement de sa créance peut être entravé par les hypothèques qui absorbent les biens de ce dernier. Pour parer à ce danger les jurisconsultes étendirent encore à la fiancée le bénéfice du privilegium inter personales actiones, en attachant cette garantie à sa condictio alors qu'elle ne garantissait autrefois que l'exercice de l'action rei uxoriæ (2). En vertu de ce privilège, la fiancée n'est primée que par les créanciers hypothécaires, mais elle est préférée à tous les créanciers chirographaires sauf les frais funéraires et le fisc, elle peut même prélever en nature les biens dotaux et ceux acquis des deniers dotaux, mais l'hypothèque générale et légale que Justinien établit sur tous les biens du mari au profit de la femme créancière de la restitution

(1) L. 4, D. de fundo dotali XXIII, 5.
(2) L. 74, D. de jure dotium XXIII. 3. — L. 17 § 1, LL. 18 et 19, pr. D. de rebus auctor judic. possess. XLII, 5.

n'a jamais été accordée à la fiancée qui n'a que le privilegium inter personales actiones et pour se protéger contre les créanciers hypothécaires de son futur époux, elle ne peut exiger de lui qu'une hypothèque conventionnelle qui datera du jour de la constitution de dot (1).

A côté de ces effets d'ordre purement pécuniaire, les fiançailles romaines entraînent des conséquences juridiques qui, tout en étant régies par la loi positive appartient plutôt au domaine de la morale.

C'est ainsi que les fiançailles font naître entre les parties et les parents de l'autre, un lien que les textes appellent adfinitas et qui a pour effet de créer les mêmes empêchements au mariage que le mariage lui-même ; nous retrouverons cette prohibition reproduite plus tard dans l'ancien droit français. Le mariage est interdit entre le père et la fiancée de son fils et réciproquement (2).

La partie qui, se trouvant engagée dans le lien des fiançailles, en contenterait d'autres avant de s'être déliée de son premier engagement encourt l'infamie (3).

Il est bien permis de reprendre sa parole et de contracter un autre mariage, mais on punit celui qui, avant d'envoyer le repudium à la fiancée qu'il abandonne, contracte doubles fiançailles, il est as-

(1) L. 1 pr. D. qui potiores in pignore XX, 4.
(2) L. 12 §§ 1 et 2. D. de ritu nupt. XXIII, 2.
(3) Ulpien L. 13, §§ 1,3 et 4 de his qui notant infamia, III, 2 — de Savigny, op. cit. t. II, p. 182.

similé au bigame et frappé d'infamie, même si les secondes fiançailles qu'il vient de contracter ne peuvent engendrer mariage par suite d'une impossibilité matérielle ou légale. Cette peine rappelle la nota censoria dont était frappée la partie parjure à l'époque du droit primitif, mais à la différence de cette dernière elle était infligée non par le pouvoir arbitraire du magistrat, mais en vertu du texte formel rendu par le préteur. Le paterfamilias était frappé de la même peine, s'il avait contracté lui-même ou laissé contracter en son nom les doubles fiançailles.

Dans le même ordre d'idées, le devoir de fidélité qui lie la femme à son mari s'applique aussi aux fiancés. Sa violation constitue l'adultère et est punie de la même peine (1). Le fiancé peut même agir jure mariti avant la rupture des fiançailles et comme l'adultère donne lieu à Rome à un judicium publicum tout citoyen pourrait agir jure extranei, si, dans les soixante jours qui suivent la rupture des fiançailles, le fiancé n'a pas intenté son action (2).

Le même motif qui donne au futur époux le droit de punir l'adultère de sa fiancée lui donne aussi l'actio injuriarum contre les tiers qui l'ont outragée car, nous dit le texte : « Spectat ad contumeliam ejus injuria, quæcumquæ sponsæ ejus fiat » (3).

(1) Ulpien L. 13, § 3 D. ad leg. Jul. de adult. XLVIII, 5.
(2) L. 7, C. J. ad leg. Jul. de adult. IX, 9.— L. 13, §§ 6 et 8 et L. 11, § 7 D. ad. leg. Jul. de adult. XLVIII, 5. — Cujas t. III, col. 148.
(3) Ulpien L. 15. § 24 D. de injuriis XLVII, 10.

Si des détournements ont été commis par la fiancée au préjudice de son futur époux, celui-ci devra employer la condictio furtiva, *propter reverentian personarum*, et non l'actio furti qui a un caractère infamant, ni l'actio rerum amotarum qui ne s'applique qu'à la femme mariée (1).

Le fiancé qui attente à la vie de l'autre, encourt les peines prononcées par la loi Pompeïa de parricidiis (2).

A l'exemple du gendre et du beau-père qui ne peuvent être forcés de témoigner l'un contre l'autre, la même liberté est laissée au fiancé et à son futur beau-père (3).

Dans le dernier état du droit romain la jeune fille dont le fiancé s'est engagé dans les légions doit attendre son retour pendant deux ans et ne peut, durant ce temps, lui envoyer un repudium necessarium. Cette décision, qui porte une grave atteinte à la liberté de rupture dont les fiancés doivent jouir, émane de l'empereur Constantin. Il édicte même contre le parent de la fiancée qui, au mépris de cette constitution, voudrait obliger la jeune fille à consentir à un autre mariage, la peine de la rélégation dans une île (4). Justinien a reproduit la disposition de Constantin, mais elle a subi une interpolation qui la généralise et augmente même

(1) L. 3, § 2 D. de act. rer. amot. XXV, 2.
(2) LL. 3 et 4 D. de lege. Pomp. de parr, XLVIII, 9.
(3) L. 5 D. de testibus XXII, 5.
(4) L. 4 C. théod. de sponsalib. III, 5,

dans un cas, la durée de l'attente. Elle s'applique à tous les fiancés et non plus seulement aux militaires. La jeune fille doit attendre son fiancé pendant deux ans s'il habite la même province qu'elle, et trois ans s'il habite une autre province (1). Ces délais expirés, elle reprend sa liberté d'accepter un autre mariage. C'est l'écroulement de la conception des fiançailles admise à l'époque classique.

Le dernier effet produit par les fiançailles a une importance surtout historique car il se rattache aux célèbres lois caducaires et ne leur survécut pas. Auguste dans les leges novæ Julia et Papia Poppea, attachait au célibat et à l'orbitas certaines incapacités et faisait bénéficier les personnes mariées des præmia maritorum dans le but d'arrêter la dépopulation de l'Italie. Il assimilait les fiancés aux époux, leur permettant ainsi d'échapper aux rigueurs de la loi, et de bénéficier de ses avantages. Par une fraude facile à prévoir, les Romains cherchèrent à se fiancer avec des jeunes filles sortant à peine de l'infantia, et pendant tout le temps compris entre ces fiançailles et l'âge de douze ans à partir duquel le mariage devenait possible, ils n'avaient rien à craindre de l'application des leges novæ. Lorsque la jeune fille arrivait à l'âge de nubilité ils rompaient par l'envoi d'un repudium et pouvaient même renouveler la fraude dans une autre famille. La loi Poppea, pour prévenir cet abus déclara

(1) L. 2 C. J, de sp. V. 1. — L. 2 C. J. de repudiis V, 17.

que les fiançailles ne seraient valables au point de vue de la législation caducaire que si le mariage les suivait dans un délai maximum de deux ans. Or, comme les jeunes filles ne pouvaient se marier au plus tôt qu'à l'âge de douze ans, les fiançailles n'étaient efficaces que si la jeune fille qui en était l'objet était âgée au moins de dix ans. Avant cet âge les fiançailles sont bien permises et valables, mais elles ne produisent aucun effet et n'engendrent aucune exemption ni avantage vis-à-vis des lois caducaires. Dans certains cas le bénéfice de l'exception est prolongé au-delà de deux ans, mais il faut qu'il y ait à cela une cause légitime (1).

Constantin en abrogeant les peines du célibat et de l'orbitas supprima par cela même l'existence de cet effet (2).

Telles sont les conséquences que produisaient à Rome la conclusion des fiançailles. Nous avons vu que, dans l'ancien droit et jusque vers l'empire, les sponsalia ont une force obligatoire qui dérive de la formule même qui leur a donné naissance. Leur rupture donne lieu à une condamnation qui peut et doit même pour certains, avoir été évaluée à l'avance par une clause pénale. A l'époque classique, si le lien quelles engendrent est plus fragile à cause du principe de liberté qui préside à l'échange des consentements, elles n'en produisent pas

(1) L. 17 de sponsalib. D. XXIII. 1.
(2) L. 1, C. J. de infirm. pæn, cœlib. VIII, 58.

moinsdes effets légaux nombreux et importants. Ces effets qui sont, soit d'ordre moral : punition de l'adultère de la fiancée, infamie encourue en cas de doubles fiançailles, obligation pour la fiancée d'attendre deux ans son futur époux ; soit d'ordre purement pécuniaire : système des arrhes, des donations ante nuptias, vinrent donner une force très étendue, surtout depuis l'établissement de la doctrine chrétienne, à cet accord de volontés qui précède le mariage.

DROIT GERMANIQUE

Dans les coutumes de la Germanie, la jeune fille ne joue presque aucun rôle dans les fiançailles ; ce contrat intervient surtout entre ceux qui ont la puissance sur elle et son fiancé. La femme germaine est sous la tutelle perpétuelle (mundium) soit de son père, soit de son plus proche parent mâle, soit même quelquefois d'un étranger, et les fiançailles auront pour objet le transfert de ce mundium sur la tête du futur époux.

Les fiançailles germaines ne sont donc pas la promesse faite par les futurs époux de se prendre plus tard comme mari et femme. C'est une convention à laquelle la jeune fille était complètement étrangère, elle était représentée par celui qui exerçait le droit de tutelle, par le mundoald. Celui-ci en échange d'une certaine somme qu'on appelle pretium nuptiale ou wittemon dans les lois Burgondes, meta dans les lois Lombardes, pretium emptionis

dans celle des Saxons, reipus dans celle des Francs-Saliens, cède son mundium sur la jeune fille et s'engage à la donner en mariage au jeune homme.

La volonté de la jeune fille n'était pas consultée, du moins dans le droit primitif. Plus tard, à partir du IX^e^ siècle, par le contact de la société romaine et sous l'influence des idées chrétiennes, le consentement des deux futurs époux est toujours pris en considération. Sous l'effet des mêmes influences, cet achat au mundoald de la puissance qu'il détient sur la jeune fille, de véritable qu'il était devint symbolique et fictif. Il finit par se traduire dans la remise de l'arrha dont la valeur est insignifiante, et sert seulement à prouver que l'engagement est noué (1).

Cette conception des fiançailles germaines leur donne une physionomie particulière puisqu'elles n'ont pas pour effet direct et principal d'engendrer le mariage. Elles sont au contraire un des éléments qui le composent et qui, avec les épousailles et la cohabitation, le rendront parfait. Par les fiançailles, le futur époux n'acquier que le mundium sur la jeune fille, et ce n'est que par les épousailles et la cohabitation qu'il acquerra l'ensemble des autres droits. En droit barbare les fiançailles sont donc indispensables et le mariage qui n'en serait pas précédé n'au-

(1) Il ne faut pas confondre cette arrha avec les arrhes du droit romain qui sont une preuve et un moyen de dédit des fiançailles. L'arrha est le procédé légal qui sert au contraire à les former.

rait aucune valeur. L'union qui ne reposerait pas sur l'achat du mundium serait une union informe que le mundoald pourrait faire dissoudre à son gré, celui qui épouserait ainsi la jeune fille serait obligé de payer unesomme à son représentant légal (1).

Ce sont les fiançailles qui contiennent l'accord de volonté des parties et leur engagement réciproque, les épousailles ne seront que l'exécution de cet engagement (2). On a très justement comparé les fiançailles à contrat en général, à la vente romaine en particulier (3). Une fois le prix payé le contrat est formé et donne naissance à l'obligation de dare qui sera exécutée par la tradition ; les fiançailles engendrent l'obligation de se marier qui sera remplie per la traditio sponsæ.

Quelle va être la force de cette obligation ? Les Germains n'ont jamais reconnu une force obligatoire irrévocable aux fiançailles carchezeux le droit de répudier la femme, le mariage une fois accompli, a toujours subsisté même après l'établissement du christianisme. Tout d'abord pendant les deux ans qui suivent les sponsalia, le mundoald ne devait

(1) Lex alamanurum, tit. LIV, I et II: Si quis filiam alterius non desposatam acceperit sibi uxorem, si pater ejus eam requirit reddat eam et cum quadraginta solidis eam componat.

(2) La distinction des divers actes qui constituent le mariage, est très apparente dans l'épisode historique du mariage de Clovis et de Clotilde, rapporté par Grégoire de Tours, hist. France, liv. II, ch. XVIII (éd Omont).

(3) Viollet. Précis de l'histoire du droit français, 2e éd, p. 418,

pas consentir à de nouvelles fiançailles avec un autre. Quant au futur époux il ne pouvait être contraint d'exécuter sa promesse pendant cette période admise en sa faveur (1). Après ce délai le fiancé qui ne remplit pas son obligation et qui veut se dédire n'encourt qu'une sanction pénale consistant en une composition pécuniaire (2). La sanction sera plus rigoureuse si la rupture provient de la jeune fille dans le cas où elle aurait été fiancée à un autre par son père : « elle et son mari, dit la loi des Wisigoths, deviendront la propriété du fiancé légitime et, si les parents ont favorisé ce mariage illégitime, ils seront condamnés chacun à payer une livre d'or à qui le roi voudra (3). » Celui qui a le mundium sur la jeune fille a donc aussi le droit de rompre les fiançailles, et dans le cas où il ne tiendrait pas sa promesse à l'égard du futur époux et livrerait la jeune fille à un autre, il devra payer une indemnité au fiancé pour réparer le préjudice que lui occasionne son manque de parole.

C'est donc que les fiancés peuvent se retirer librement c'est que le contrat de fiançailles ne crée aucune obligation civile de s'épouser mais donne lieu seulement à une réparation pécuniaire à l'encontre de l'auteur de la rupture injustifiée pour réparer l'injure qui en résulte.

(1) Rhotaris leges CLXXVIII. Lex Wisigothorum, liv. III, tit. I, loi IV.
(2) Lex Alamanorum, tit. LIII. Lex Baïavorum, tit. VII, cap. XVI. Lex Salica tit. LXX.
(3) Lex Wisigothorum, lib. III, tit. I, loi 2.

Cette composition pécuniaire variait suivant les différents peuples. La loi des Alamands exige quarante sous, celle des Bavarois vingt-quatre sous, celle des Francs Saliens soixante-deux sous ; chez les Lombards, le fiancé qui se retire doit payer la valeur de la méta stipulée lors des fiançailles.

Lorsqu'il y a juste motif, le droit de rupture des fiançailles est incontestable et n'entraîne aucune réparation. Le fiancé pouvait, d'après l'édit de Rotharic, renvoyer sa fiancée si elle était atteinte de folie, de lèpre ou de cécité parce que, dit le texte, ces maux ont pour cause les péchés de la femme et sont sa punition. (1). De même une grande inimitié survenant entre les deux familles à la suite d'un homicide ou de tout autre grave motif est une juste cause de rupture des fiançailles (2). Enfin il faut citer comme juste motif de dédit, la mort de l'un des fiancés (3) ou son entrée dans un monastère (4). Dans tous ces cas le fiancé, non seulement n'aura rien à payer, mais devra se faire rembourser tout ce qu'il a donné : « Sponsus recipiat res suas quas dedit. »

Cependant si les fiançailles ne sont pas obligatoires et si l'on peut se dédire librement il ne faut pas non plus que leur lien soit rompu sans motif et livré à l'incertitude et au caprice. Les lois barbares

(1) Rotharis leges CLXXX.
(2) Luitprandi leges, lib. VI, cap. LXVI.
(3) Rotharis leges CCXVI.
(4) Capitularium regum francorum additiones, additio tertia LXIX.

s'efforcèrent de faire respecter la promesse. C'est ainsi que le roi Théodebert fut obligé, sur les remontrances de son propre conseil, d'épouser sa fiancée Wisigarde, fille de Wacho, roi des Lombards, qu'il avait délaissée pendant sept ans sans motifs valables pour obéir aux désirs de sa concubine. Deuteria (1). La loi des Alamans (2) force le futur époux qui se dédit à affirmer solennellement que ce n'est aucune raison de nature à entâcher l'honneur et la bonne réputation de la fiancée qui l'a fait agir de la sorte, mais ajoute le texte : « amor de alia eum adduxit ut illam dimisisset. »

Les fiançailles, bien que ne constituant pas à elles seules le mariage, engendrent presque les mêmes effets que lui. Les Germains les considéraient comme l'acte capital du mariage. Elles en sont, en effet, la première phase, la base nécessaire et doivent dès lors produire les mêmes conséquences. Un des premiers devoirs imposés à la future épouse est le devoir de fidélité, si elle le méconnait elle est frappée des peines de l'adultère, et sur ce point, l'unanimité est complète dans les codes germains.

Les lois lombardes et burgondes prononcent la peine de mort contre la fiancée ou la femme mariée adultère. Chez les Wisigoths c'était la perte de la liberté et la confiscation des biens. Le werhgeld pouvait cependant remplacer la condamnation.

Le christianisme qui avait introduit en droit bar-

(1) Grégoire de Tours, hist. lib. III, cap. 27.
(2) Lex Alamanorum tit. LIII.

bare les prohibitions de mariage entre parents, en avait aussi étendu l'application aux fiancés. Le lien résultant des fiançailles était, en cas de rupture, un empêchement au mariage avec les parents du fiancé au degré prohibé. C'est la conséquence naturelle de cette idée qu'après les fiançailles il a matrimonium initiatum dont les effets doivent survivre à la rupture du lien qui les a créés.

L'effet caractéristique que le droit Germain accorde à la conclusion des fiançailles consiste dans le droit acquis par le fiancé sur la personne et les biens de sa future épouse. Par l'achat du mundium au père ou au parent qui en est investi, le futur mari acquiert à peu près, les mêmes droits qu'avait le mundoald. C'est lui désormais qui doit la protéger, la défendre en justice, surveiller ses intérêts pécuniaires, administrer les biens qu'elle peut avoir ou qu'elle peut recuilli. C'est à lui qu'appartient le werhgeld de sa fiancée dans le cas où on la tuerait. Si cette hypothèse n'est pas de nature à se produire fréquemment, il en est une autre qui donnera droit aussi à une réparation pécuniaire et qui est très commune dans les mœurs de cette époque, c'est le cas de l'enlèvement.

Dans le cas rapt d'une fiancée, et cette violence se produit fréquemment surtout dans les premiers temps de la société germanique (1), le ravisseur est

(1) Le rapt véritable fut même, à l'origine, la première forme dans laquelle le mariage était pratiqué.

Plus tard, avant qu'on employe la forme de la vente, on le simulait et la traditio puellæ in domum mariti, se faisait dans la forme symbolique de l'enlèvement.

puni pécuniairement : au mundoald il paiera le prix du mundium et au fiancé une indemnité dont le taux varie suivant les coutumes. On considère en effet la femme, objet du contrat, comme une véritable chose, et une chose que l'on peut remplacer ; comme elle ne peut plus être rendue intacte il sera donné une compensation au fiancé.

Il est à remarquer que le verhgeld de la femme atteint le taux le plus élevé lorsque celle-ci se trouve être entre la quinzième et la vingtième année, il est à ce moment supérieur à celui de l'homme des deux cinquièmes. C'est en effet l'époque ordinaire des fiançailles et l'on sait que les mœurs germaines entouraient les fiancés d'égards particuliers et prêtaient à la jeune fille une sorte d'auréole en considération de son échange d'état de vierge pour celui d'épouse.

Chez les Lombards (1) cette indemnité due au fiancé est évaluée au double de la meta, c'est-à-dire au double du prix donné par le fiancé au mundoald pour que celui-ci lui abandonne le mundium et lui livre la jeune fille. Chez les Wisigths (2) les biens du ravisseur appartiennent au fiancé et à la famille de la jeune fille. Lorsque, à la suite des idées chrétiennes, on arriva à une conception plus élevée de la femme, on voulut, autant que possible, que les fiançailles puissent produire leur effet même en cas de rapt et le ravisseur doit rendre la jeune fille et payer

(1) Lois de Rotharic 190, 191.
(2) Lex Wisig. III, tit I, l. 2.

une indemnité. La loi des Bavarois (1) décida que le *raptor* doit rendre la jeune fille et donner 80 sous. La loi Saxonne (2) l'oblige à payer 300 sous au père la jeune fille et 300 au fiancé, il doit en outre acheter la jeune fille 300 sous. La loi des Alamans (3) laisse un choix : si le ravisseur veut rendre la jeune fille il ne devra payer que 200 sous, dans le cas contraire 400 sous.

Si le mundoal consent à des secondes fiançailles avec le ravisseur au détriment des premières, il devra naturellement payer une indemnité au jeune homme évincé.

Tels sont les droits et effets qui naissent des fiançailles dans le droit germanique en vigueur encore sous les rois francs.

(1) Lex Baïav. t. VII. l. 16.
(2) Lex Saxon. t. X, l. 1.
(3) Lex Alamanorum, tit. 52.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Une des caractéristiques de notre ancien droit est la dualité de législations que nous rencontrons dans notre matière. Deux autorités sont compétentes : la juridiction ecclésiastique représentée par l'officialité et la juridiction séculière. Le rapport étroit qui unit les fiançailles au mariage considéré comme sacrement est la cause de cet état de choses. On veut faire passer les décisions de l'Église dans le domaine officiel et public, on tend à confondre les règles du droit avec celles de la conscience, et nous assistons pendant toute cette période à une lutte entre le pouvoir laïque et l'autorité religieuse qui se termine à la fin du XVIII[e] siècle par l'émancipation complète du mariage et qui aboutit à la formule : « l'Etat ne considère le mariage que comme un contrat civil » (1).

(1) Constitution du 3 septembre 1791, titre II, art. 7.

Mais avant cette époque et dès le Xe siècle, c'est le droit canonique qui régit seul la matière du mariage et les causes matrimoniales sont de la compétence exclusive de la juridique ecclésiastique. C'est au juge d'Eglise qu'appartient l'examen de toutes les questions soulevées par l'exécution des sponsalia. Il applique les canons et les décrets des conciles qui formaient la jurisprudence admise en France.

Cependant à partir du XVIe siècle une réaction se fait ; les légistes et les juges séculiers sapent peu à peu la juridiction religieuse. Les civilistes partent de ce principe, reconu d'ailleurs par les théologiens, que le contrat nuptial est la base et la matière même du sacrement, or il ne peut y avoir mariage s'il n'y a contrat, accord de volontés et comme les obligations résultant des contrats sont de la compétence absolue des juges civils, ceux-ci doivent nécessairement connaître des effets civils du mariage. Tout en abandonnant le sacrement aux juges ecclesiastiques, les juges civils revendiquèrent la connaissance du contrat, et s'enhardirent à prononcer des nullités de mariage.

Chaque juridiction à sa sphère d'application spéciale et fait produire aux fiançailles des effets en rapport avec la nature du droit qu'elle applique. L'une se bornera, en cas de rupture, à prononcer des peines spirituelles et canoniques, l'autre appliquera au contraire la règle générale qui régit l'inexécution des contrats et condamnera au paiement de

dommages-intérêts. C'est ce que nous apprend Pothier lorsqu'il nous dit : « Les fiançailles étant un contrat, appartiennent, de même que tous les autres contrats, à l'ordre politique, et par conséquent, c'est le juge séculier qui est le juge naturel. Néanmoins, en considération de ce que les fiançailles ont pour objet le mariage que les parties se sont réciproquement obligées de contracter, et que le mariage en tant qu'il est élevé à la dignité de sacrement, renferme quelque chose de spirituel, nos rois ont bien voulu permettre que les juges d'église pussent aussi connaître des fiançailles, pourvu qu'ils se bornent à connaître seulement de leur validité ou invalidité et non des dommages-intérêts qui résultent de leur inexécution. » (1).

De nombreux arrêts rendus par les cours supérieures ou le conseil du roi, réprimèrent les atteintes que les juges royaux portèrent à la compétence des officialités (2).

Telle est la solution admise dans notre matière par notre ancien droit français avant les idées nouvelles engendrées par la révolution et exprimées dans notre Code civil. L'évolution dont nous venons

(1) Pothier, traité du contrat de mariage nº 49. Lorsque ce sont les parents qui ont promis de donner leur enfant en mariage, c'est le juge séculier qui est seul compétent pour connaître de la validité de la promesse, car cet engagement n'a rien de spirituel.

(2) Parlement de Paris, arrêt de règlement du 5 mars 1633. — Parlement de Paris, arrêt du 9 juillet 1671. — Arrêt du Conseil privé du 28 décembre 1684. — Arrêt du Parlement de Paris du 20 août 1770. Rec. act. tit. mém. du clergé de France t. v. col. 944, 1008, 1070.

de retracer les grandes lignes nous conduit, pour étudier les effets des fiançailles, à distinguer deux périodes : l'une qui va des origines jusqu'au concile de Trente, l'autre qui le suit et prend fin avec l'ancien régime lui-même. Ce concile tenu au XVI^e^ siècle, qui marque une date importante dans l'histoire du mariage, sert de ligne de division entre le droit primitif et l'ancien droit qu'on pourrait appeler classique parceque c'est lui qui introduit un élément nouveau dans le mariage, la nécessité de la célébration dont un des résultats fut la suppression de toute une catégorie de fiançailles. les sponsalia de præsenti.

Les Fiançailles avant le Concile de Trente

A l'origine du droit canonique (qui est le seul appliqué) les fiançailles présentent une grande analogie de caractère, toute naturelle d'ailleurs, avec les fiançailles germaniques. Elles ont remplacé le contrat réel qui avait été en usage et produisent des effets analogues. A cette époque, elles marquent une étape importante dans la formation du mariage et produisent presque les mêmes effets que lui. Les textes eux-mêmes semblent fortifier cette assimilation. Les Pères de l'Eglise appellent indifféremment les fiancés époux. Une doctrine développée au XI^e^ siècle par Fulbert et par Yves de Chartres,

indentifie les fiançailles au mariage. Leur lien est indissoluble et tout mariage contracté au mépris de la promesse est nul car les fiançailles forment un empêchement dirimant.

C'est que, ici aussi, elles sont le préliminaire forcé et la base du mariage ; pour qu'il soit parfait, il ne restera plus qu'à accomplir la traditio puellæ (1). Après les sponsalia il y a déjà matrimonium initiatum et la cohabitation en sera le complément. Le consentement ne suffit pas encore, il est vrai, à former à lui seul le mariage, il faut encore pour que son existence soit complète qu'il soit consommé, mais ce sera une suite du libre accord de volontés. C'est au moment des fiançailles que le consentement est échangé, c'est-à-dire ce qu'il y a d'essentiel pour la formation du mariage, car à cette époque aucune forme n'est nécessaire pour sa validité et l'on comprend dès lors les efforts faits par le droit primitif pour rendre ces fiançailles suivies d'effet. Le synode d'Elvire, en 305, exclut de la communion pendant trois ans les parents des futurs époux qui auraient rompu sans motifs. Le synode d'Ancyre, en 314, décide que les ravisseurs devront toujours rendre les jeunes filles enlevées même s'ils en avaient abusé, et un peu plus tard, en 844 sous Charle le Chauve, le synode de Verneuil-sur-Oise prononce contr'eux l'excommunication et les sou-

(1) Gratien 2e partie, causa 27 ; quæst. 2, cap. 38. Si quis desponsata sibi et. tradita utatur, rite conjugium vocatur.

met en outre à la justice séculière. Les fiançailles engendrent le devoir de fidélité et le concile connu sous le nom de Quinisexte, en 692, punit des peines de l'adultère ceux qui épousent une jeune fille déjà fiancée à un autre ; le synode d'Aix-la-Chapelle rend une décision analogue en 1789.

Ce droit ne tarda pas à se modifier. Bien que l'ancien contrat de vente ait disparu et que le consentement soit devenu un élément très important, peut-être le plus important, il ne suffisait pas cependant à lui seul à former le mariage, et à côté de l'élément consensuel il fallait encore l'élément réel de la tradition et de la cohabitation. C'est ce que réprouvait la véritable doctrine du droit canonique. Pour lui, la consommation du mariage n'est pas nécessaire pour sa validité, le consentement seul suffit. C'est la doctrine admise par l'Eglise gallicane, consacrée par les papes et qui devait l'emporter sur l'opinion de l'Église italienne exigeant la cohabitation.

Cette théorie, développée par Pierre Lombard, faisant du consentement l'élément unique et essentiel du mariage, car à cette époque l'Église n'exige pas encore des formalités (2), a donné nais-

(2) Le pape Saint-Nicolas, dans sa réponse à la consultation des Bulgares, nous indique qu'au XI[e] siècle, aucune forme n'est encore exigée. En 1206, une constitution du pape Innocent III pose le même principe. Sans doute la bénédiction nuptiale est un pieux usage recommandé par l'Eglise et qui attire sur l'union ainsi bénie des grâces particulières et la protection divine, mais bien que cet usage soit très suivi, il n'est pas obligatoire.

sance à deux sortes de fiançailles ; les sponsalia de præsenti et les sponsalia de futuro. « Les sponsalia de præsenti, ou par paroles de présent, sont, nous dit Pothier, la convention par laquelle un homme et une femme déclarent l'un et l'autre qu'ils se prennent dès à présent pour époux. » (1) Les fiançailles par paroles de futur sont, comme leur nom l'indique, la promesse faite par les parties qu'elles se prendront dans l'avenir réciproquement pour mari et femme. Dans le premier cas l'effet de la promesse de mariage est immédiat et la suit sans interruption tandis que, dans le second cas, un terme est ajouté à la promesse qui ne sera efficace qu'au moment fixé pour son arrivée.

Sous un régime qui classait le mariage parmi les contrats purement consensuels et n'exigeait aucune forme pour sa validité, les fiançailles par paroles de présent constituent un véritable mariage. Les parties avaient, il est vrai, l'habitude de faire constater ces promesses par notaire mais, loin d'être une obligation, ce simple usage ne présentait d'utilité qu'au point de vue de la preuve et n'a jamais été considéré comme un mode de célébration du mariage. Sans doute aussi la cohabitation, la copula carnalis, dont nous parlent les textes, était primitivement exigée pour la perfection du mariage, mais outre que cette doctrine ancienne n'était plus suivie par l'église gallicane, cette condition fut défini-

(1) Pothier, traité du contrat de mariage n° 23.

tivement abolie vers le XII[e] siècle par plusieurs décisions pontificales qui, à maintes reprises, établissent le principe du mariage formé uniquement par l'accord des volontés. Quod si inter eam (puellam), décrète Innocent III, et primum virum legitimus intervenit de præsenti consensus, absque dubio inter eos erat legitimum matrimonium contractum, et si carnalis commixtio non fuerit consecuta. (1) « Avant le concile de Trente, ces fiançailles par paroles de présent, qui se faisaient dans le secret, sans qu'il intervint de célébration du mariage en face de l'église, étaient de vrais mariages(2). » Il en résulte que, après l'échange de volontés, librement intervenu dans la forme des verba de præsenti, les parties sont définitivement unies, la qualification d'époux remplace celle de fiancés, et avec elle naissent toutes les conséquences juridiques inhérentes au mariage. Serait nulle l'union consacrée au mépris de ces fiançailles quand même elle aurait été consommée la première. (3)

Les sponsalia de futuro ont un autre caractère, elles ne peuvent à elles seules engendrer les mêmes conséquences. A l'époque où nous sommes le consentement est encore donné au moment où se contractent les fiançailles et non au moment de la célébration du mariage, celle-ci n'existant pas encore. Par suite, une promesse de se prendre plus tard

(1) Décrét. Grég. lib. IV, tit. II, cap. 14.
(2) Pothier, op. cit. n° 23.
(3) Décrét. Innocent III, lib. IV, cap. 5.

pour époux ne constitue qu'un mariage imparfait, puisque la vie commune ne s'ensuit pas immédiatement, il faut que cette promesse soit ratifiée et le mariage ne sera considéré dans ce cas comme accompli, que lorsqu'il aura été consommé. Sponsalia de futuro transeunt in matrimonium per copulam carnalem. (1)

Pour concilier cette doctrine avec le principe admis à cette époque que le seul consentement forme le mariage, les canonistes prétendaient que les fiancés avaient eu, au moment de la copula carnalis, la volonté de contracter mariage et de ratifier la promesse antérieure et que dès lors, la seule condition nécessaire existant pour sa formation, le mariage s'était fatalement accompli.

Sans la copula carnalis les fiançailles ne sont qu'une promesse se rapportant à un avenir plus ou moins éloigné, ne pouvant avoir que la force d'une simple promesse, et non les effets précis et importants des sponsalia de præsenti. Quand ces effets se produiront-ils à la suite des sponsalia de futuro ? D'abord s'il y a eu copula carnalis et à partir du moment où elle a eu lieu, de sorte qu'ils sont plutôt la conséquence de cette consommation que de la promesse elle-même. C'est ainsi que si une condition a été apposée à des sponsalia de futuro, la copula carnalis se produisant avant son arrivée, équivaudra à l'accomplissement de cette condition, *qui ante conditionis eventum desponsatam cognos-*

(1) Décrét. Grég. IX, lib. IV, tit. I, cap. 30.

cit, dit une constitution d'Innocent III, *a conditione recedit* (1). Si un un terme a été fixé pour l'exécution des verba de futuro, le mariage se trouvera parfait par la seule arrivée de ce terme. et le tribunal ecclésiastique aura le droit d'obliger, sous peine d'excommunication, la partie qui s'y refuserait à accomplir cette promesse.

Enfin, si après avoir contracté de sponsalia de futuro, les parties ont contracté ensuite des sponsalia de præsenti, les premières fiançailles sont transformées immédiatement en mariage parfait car les verba de præsenti seront considérés comme l'accomplissement de la promesse qui avait été faite (2).

Les Fiançailles après le Concile de Trente

Ce concile tenu de 1545 à 1563 s'était occupé de parer aux inconvénients résultant de la clandestinité des mariages. Le consentement librement donné, sans aucune forme, engendrait une union qui avait de grandes ressemblances avec le concubinat, et favorisait l'abandon, la bigamie, la séduction. Pour éviter ce danger et pour donner plus de

(1) Decret, Grég. IX. lib. IV. tit. V cap. 6.

(2) Le concile de Trente n'a pas modifié les effets des sponsalia de futuro. il n'a fait que les préciser, aussi n'en faisons-nous l'étude que dans cette deuxième époque. L'opposition entre les décisions des juges religieux et celles des Parlements sera mieux mise en évidence.

force au mariage, ce concile érigea la coutume en loi et décida que tout mariage devait être précédé de la publication des bans, et être accompagné de la bénédiction nuptiale, faisant de cette célébration religieuse un élément essentiel pour la validité de l'union. (1) Dès lors le consentement est bien toujours la base du mariage (2), mais il ne suffit plus, et pour qu'il soit valable, il faut qu'il soit donné au moment de la cérémonie ecclésiastique, revêtu ainsi d'une forme solennelle et non plus au moment de la formation des sponsalia.

L'application naturelle de ces principes eut pour effet principal de supprimer complètement et de

(1) Plusieurs ordonnances confirmèrent les décisions de ce concile : Un édit de Henri II, en 1556, visait les mariages clandestins faits à l'insu des parents. L'ordonnance de Blois en mai 1579, rendue sous Henri III, exige la publication des bans et la célébration devant quatre témoins, (art. 40), elle interdit aussi aux notaires, sous peine de punitions corporelles de recevoir aucune promesse de mariage par paroles de présent (art. 44). Un édit d'Henri IV, décembre 1606, une ordonnance de 1629 et une déclaration de Louis XIII de 1639 complètent ces dispositions. Enfin Louis XIV dans deux édits rendus en mars et en juin 1697, punissent ceux qui se rendraient coupables de mariages clandestins ou leurs complices de peines sévères. — Toutes ces dispositions sont des preuves que les décisions du concile n'ont pas été admises sans luttes.

(2) Le consentement librement donné est indispensable, à tel point que, si l'une des parties paraissait avoir eu un grand empire sur l'esprit de l'autre, l'engagement ne serait pas valable. C'est ainsi que, d'après un arrêt rapporté par Bouchel et par Fevret, il a été jugé que : ne sont pas valables, des promesses de mariage faites entre un médecin et sa malade quoique avec le consentement du père de la fille. — Pothier op. cit. n° 30. Arrêt du 30 juin 1607 rendu par la chambre de l'Edit du Parlement de Paris rapporté par Fevret, Traité de l'Abus, t. I, chap. 1.

prohiber pour l'avenir, les sponsalia de prœsenti. Ces fiançailles étaient absolument incompatibles avec les nouveaux principes et c'était même les inconvénients auxquels elles donnaient lieu qui avaient motivé la réforme du mariage. Avec leur disparution le mariage purement consensuel avait vécu.

Quant aux sponsalia de futuro, elles subsistent toujours et produisent les mêmes effets qu'auparavant. Le concile de Trente n'a fait au contraire que les préciser et les confirmer. Cependant leur importance est bien diminuée, car elles ne sont plus maintenant nécessaires pour la formation du mariage puisque ce n'est plus à ce moment que se manifeste l'accord de volonté des futurs époux. Elles restent cependant en usage et Pothier les range au nombre « des choses qui ont coutume de précéder le mariage (1) ». Même réduites à ce simple rôle, elles permettent aux fiancés de se connaître et de ne pas s'engager avec trop de précipitation dans des liens indissolubles. Elles permettent aussi par la publication des bans qui est la conséquence, de faire connaitre les empêchements cachés, toutes choses qui en définitive tendent au même but : préparation d'une union assortie dans les meilleures conditions de solidité et de durée.

A côté de cette utilité morale, les sponsalia de futuro révèlent leur importance par les effets

(1) Pothier, rubrique de la deuxième partie du Traité du Mariage.

qu'elles engendrent. Bien qu'elles ne soient qu'une simple promesse et que le véritable consentement qui doit former le mariage soit donné au moment de la célébration religieuse, elles créent un véritable lien de droit : « elles forment, dit Pothier, dans chacune des parties un engagement réciproque d'accomplir sa promesse lorsqu'elle en sera requise par l'autre partie ; d'où naît une action que chacune des parties a contre l'autre pour l'obliger à l'accomplir (1). » Quelle va être la valeur juridique de cet engagement ? Sera-t-il obligatoire en ce sens que les fiancés seront forcés de consentir au mariage qu'ils ont promis ?

Lorsque l'une des parties intentait contre l'autre l'action en exécution du contrat de fiançailles, nous avons vu que c'était l'autorité religieuse, le tribunal de l'officialité, qui était compétent pour connaître de la validité du lien des fiançailles considéré en lui-même. Il doit prononcer d'après les canons en se conformant aux lois civiles du royaume. Le droit canonique considérait d'une part comme obligatoire la parole donnée et lui conservait la force qui lui avait été rendue par l'empereur Léon. Cette parole ne devait pas être retirée et l'on ne devait pas objecter que la liberté des contractants était ainsi entravée au moment de la célébration car cette liberté avait été entière au moment où ils ont contracté les fiançailles. Mais, d'autre part, les juges religieux n'ignoraient pas les dangers des mariages

(1) Pothier op. cit. nº 48.

dans lesquels le consentement obéit à une contrainte. Aussi trouvons-nous trois opinions émises par les canonistes sur le point de savoir quelle devra être la sentence de l'official dans cette matière.

Pour les uns, « lorsque l'official trouve l'engagement valable, il prononce que les fiançailles sont valables et il exhorte la partie à accomplir son engagement ; mais il ne peut la condamner à l'exécution, ni l'y contraindre par des censures ecclésiastiques.

S'il le faisait, il y aurait lieu à l'appel comme d'abus. Nous avons rejeté en France le chapitre 10, extr. de spons. qui permet aux juges d'église d'employer cette voie. » (1). Le juge doit donc prononcer la dissolution des fiançailles, tout au plus pourrait-il imposer au fiancé récalcitrant quelques prières ou quelques légères aumônes pour le punir de son manque de foi, il faut avant tout éviter les mariages subis par contrainte. Tel est l'avis de Pothier qui cite à l'appui de son opinion un arrêt du 1er juin 1638, rapporté par Bardet tome 2, livre 7, chap. 36. C'est aussi la doctrine de Saint-Thomas, de Saint-Jérome et du pape Lucius III qui l'exprime dans le canon Requisivit. C'est enfin le sentiment de Loysel qui nous dit d'une façon originale : « fille fiançée n'est ni prise ni laissée, car tel fiance qui n'épouse point (2). »

Pour d'autres, il faut distinguer suivant que

(1) Pothier ; op. cit. nº 51,

(2) Loysel, institutes coutumières, livre 1, titre II, règle 1re.

la promesse a été ou non accompagnée de serment. Dans le premier cas, les parties doivent remplir leur promesse car il faut respecter la sainteté et la force du serment. Dans le cas contraire, les parties ne sont pas liées. Cette opinion était en contradiction avec une décrétale du pape Innocent III (1) qui décide que le serment ne doit même pas restreindre la liberté du consentement.

Enfin dans un troisième parti, on admet que l'official peut obliger le fiancé à exécuter sa promesse par voie de censure ecclésiastique, d'excommunication ou même de prison lorsqu'il n'avait aucun motif justifiant la rupture. Certains auteurs admettaient cependant une atténuation à cette règle sévère et pensaient que son application devait être écartée lorsqu'elle pouvait entrainer du scandale ou lorsqu'il y avait de graves raisons pour présumer que la mésintelligence règnerait toujours dans le ménage. N'était-ce pas admettre en réalité que les obligations nées des sponsalia se réduisaient à une obligation de conscience ? Ce motif se rencontrait dans toutes les espèces. C'est à ce système que se ralliait la majorité des auteurs et la jurisprudence de Parlements pendant tout le XVI^me^ siècle. Le parlement de Dijon, dans un arrêt du 21 juillet 1575 adopte cette opinion, De même, dans un arrêt du 29 janvier 1604, il décide que l'official de Châlons a

(1) Décret Grég. IX, lib. IV, tit. 1, cap. 2.

valablement condamné le défendeur à épouser sa fiancée. Mais dans le courant du XVII[e] siècle, un revirement se produit dans les arrêts qui se refusent à reconnaître une force obligatoire au lien résultant des fiançailles. Désormais toutes les décisions des juges de l'Eglise qui prononcent des censures ecclésiastiques pourront être casssés pour abus. Dès lors c'est la première opinion qui est désormais suivie : celle qui n'accorde aucune sanction à la promesse. Là, devait se borner le rôle de l'official et il devait réserver à la partie demanderesse de se pourvoir devant le juge laïque pour intenter une action en dommages-intérêts. La connaissance de cette demande lui était rigoureusement interdite et le juge d'Eglise qui les aurait prononcés malgré cette défense aurait vu sa décision cassée. C'est ainsi que deux arrêts rendus les 25 mai 1589 et 4 mai 1644 réformèrent les décisions de l'official de Chartres et de Lyon qui avaient accordé des dommages-intérêts en matière de fiançailles. Le Parlement de Besançon promulgua, le 1[er] mars 1696 un arrêt de règlement à ce sujet : « La Cour fait défense à l'official du diocèse de Besançon de prendre connaissance des dommages-intérêts des parties dans les causes de mariage et de promesses de futuro qui seront portées devant lui et de prononcer aussi sur le fait desdits dommages-intérêts. Fait aussi défense à tous les juges séculiers du ressort du Parlement d'exécuter les senten-

ces dudit official à cet égard (1). » Le juge séculier est donc seul compétent pour connaître des demandes en dommages-intérêts qui sont accordés (2).

En effet, si en vertu du grand principe de la liberté du mariage, aucune contrainte religieuse n'était possible, il y avait cependant un manquement à la foi donnée que l'on ne pouvait approuver et qui donnait lieu à une réparation civile. Ces dommages-intérêts ont une origine contractuelle nettement marquée. Par cela seul que la partie manque à sa parole et enlève ainsi à l'autre l'espérance qu'elle avait légitimement fondée, elle commet une faute dont elle doit réparation. Ces dommages-intérêts étaient l'application du principe en vertu duquel celui qui avait contracté une obligation de faire devait en fournir l'équivalent lorsqu'il refusait d'exécuter le contrat. Les fiançailles étaient rangées dans cette classe d'obligations, leur inexécution devait donc se résoudre en dommages-intérêts.

M. Colin (3) cependant a soutenu l'origine délic-

(1) Traité de la juridiction ecclésiastique et contentieuse par un docteur en Sorbonne, t. I, 2e part. p. 135. — (Cité par Dubois, des prom. de mar. p. 106).

(2) L'official pouvait cependant quelquefois être compétent pour juger la question des dommages-intérêts à raison de la qualité de la personne à qui ils étaient demandés, car il peut connaître des actions « pures personnelles » qui sont intentées contre des ecclésiastiques. Par exemple, il s'agissait d'un chanoine, simple clerc, tonsuré, qui ait promis mariage et qui refuse d'exécuter sa promesse. Arrêt de février 1690, rendu sur les conclusions de M. de Lamoignon, rapporté par Pothier, op. cit. n° 52.

(3) Colin, des fiançailles et promesses de mariage, thèse, Paris 1887, p 185 et s.

tuelle de la responsabilité dans notre ancien droit. La preuve en est, dit-il, dans le criterium de l'évaluation. La cour calculait la réparation d'après le préjudice matériel et moral, mais jamais elle ne pouvait envisager le lucrum cessans, c'est-à-dire la perte des avantages qui auraient été stipulés par le contrat. Cela résulte aussi de la procédure que devaient suivre les parties. Devant l'official se posait la question de l'existence et de la nature de l'engagement des fiançailles contractées, mais sa décison n'avait qu'une valeur morale, si la partie persiste dans son refus d'accomplir sa promesse, il ne pouvait que l'exhorter, la condamner à quelques prières et finalement dissoudre les fiançailles. La question des dommages-intérêts ne pouvait être tranchée que par l'autorité civile. Or, dit l'auteur, « l'official ne renvoyait les parties à se pourvoir quant aux dommages-intérêts qu'après avoir prononcé la dissolution des fiançailles.... En attribuant les dommages-intérêts à la partie plaignante, les tribunaux civils se référaient, non à l'idée de l'inexécution du contrat, le contrat n'existait plus, il avait été dissous, mais à celle du préjudice causé, du dommage injuste, tranchons le mot, du délit civil. »

Cette doctrine n'est pas exacte à notre avis, En prononçant la dissolution des fiançailles, l'official ne faisait pas disparaître rétroactivement le contrat. Sa décision était due à l'impossibilité matérielle où il se trouvait de faire exécuter la promesse et à la défense qui lui avait été faite par l'autorité civile de

prononcer les censures ecclesiastiques; au point de vue de la loi canonique, le contrat était donc comme inexistant puisqu'on ne pouvait le faire exécuter, ni directement, ni indirectement. Mais, nul aux yeux de la loi ecclésiastique, il conservait une force suffisante pour donner naissance à une réparation civile due à raison de l'inexécution du contrat. D'ailleurs, la sentence de l'official ne formait pas un préjugé devant la juridictiction séculière. Celle-ci examinait à nouveau la validité des fiançailles et c'est en vertu de l'obligation qu'elle lui reconnaissait qu'elle accordait des dommages-intérêts. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point. « Comme toutes les promesses in faciendo, dit Fevret, (1) se résolvent en intérêts si elles ne sont accomplies, l. cert, de reb. credit. et si cert. petatur, on suit le conseil de Servius Sulpitius, lib. de dotibus: lequel disait que celui qui refusait d'accomplir les promesses qu'il avait faites à une femme était condamnable aux intérêts ». Fournel s'occupant du cas spécial où la réparation civile est accordée à la jeune fille séduite nous dit que le fondement de cette réparation repose sur l'existence d'un contrat innommé et sur une présomption de promesse de mariage: « l'action qui dérive de ce contrat facio ut facias, (par lequel l'une des parties consent à faire une chose, à condition que l'autre en fasse une autre) est nommée actio civilis in factum prescriptis verbis.... Elle

(1) Fevret traité de l'abus, t. I, part, V, chap. 1.

a pour objet, non de contraindre la partie réfractaire à faire ce qu'elle s'est obligée de faire, mais à payer les dommages-intérêts qui contrebalancent le préjudice résultant de l'inexécution. » (1). Enfin Pothier nous indique de la façon la plus claire l'origine contractuelle de la réparation : « Lorsque le juge, dit-il, trouve l'engagement valable, il condamne la partie qui refuse de l'accomplir à une somme à laquelle il arbitre les dommages-intérêts dûs à l'autre partie pour l'inexécution de l'engagement. » (2).

C'est donc pour réparer le préjudice né de l'inexécution de la promesse que le juge prononcera la condamnation. Ces dommages seront calculés sur le préjudice matériel et moral et laissés à l'appréciation du magistrat qui les évaluera suivant les biens et la qualité des personnes. « Les dépenses que les recherches de mariage ont causées pendant tout le temps qu'elles ont duré à celui qui se plaint de l'inexécution des fiançaillss et la perte du temps qu'elles lui ont causée, sont les objets les plus ordinaires de ces dommages et intérêts. L'affront que souffre la partie à qui on a manqué de foi, y peut aussi quelquefois entrer, dans le cas auquel il y aurait lieu de craindre qu'il ne pût nuire à son établissement avec quelqu'autre (3) ».

Ces dommages-intérêts était souvent considéra-

(1) Fournel, traité de la séduction part. I, chap. 1, p. 10.
(2) Pothier, op. cit. n° 48.
(3) Pothier, op. cit. n° 53.

bles. D'Héricourt (1) cite un arrêt rendu en 1712 par la grand' chambre du Parlement de Paris qui condamne M. Maynon conseiller au Parlement au paiement de 60.000 livres pour l'inexécution d'une promesse de mariage, et un autre arrêt du 30 août 1680, qui condamne M. Hébert, maître des requêtes à 14.000 livres : 11.000 pour la demoiselle et 3.000 pour ses parents. Les juges ne devaient cependant pas tenir compte pour l'évaluation de ces dommages et intérêts du gain manqué. De même, le juge prononçant la condamnation ne doit pas ajouter cette alternative: « Si mieux n'aime épouser». Cette alternative a été défendue par un arrêt du 10 mars 1713 comme « indécente et paraissant blesser la liberté du mariage ». (2).

Un deuxième effet produit par les fiançailles qui n'est que le corollaire du premier, est qu'elles produisent pour chaque partie un empêchement prohibitif qui lui interdisait de se marier licitement à un autre que son fiancé, à moins qu'elles n'aient été dissoutes par l'official, s'il y avait une juste cause de dissolution. Le fiancé, pour empêcher le mariage de son co-fiancé, pouvait y faire opposition, en se fondant sur l'empêchement résultant des fiançailles antérieurement contractées. Il s'adressait pour cela au juge qui lançait un *interdictum* et ordonnait de différer le mariage projeté jusqu'au moment où il aura été

(1) D'Héricourt, lois ecclesiastiques de France. 3e partie, chap. V, nº 14.
(2) Pothier, op. cit. nº 54.

statué sur le bien fondé de l'opposition. En fait cependant ce droit était rarement exercé à cause de l'absence totale de publicité du mariage avant le concile de Trente et après lui, à cause de la publicité défectueuse qu'il établit. Le fiancé n'apprenait le plus souvent la violation de la promesse, qu'une fois le mariage célébré, c'est-à-dire lorsque le droit d'opposition avait disparu. Mais cet empêchement n'étant que prohibitif et d'autre part l'official ne pouvant prononcer aucune mesure coercitive, le mariage qui serait célébré au mépris de cet empêchement, serait valable sauf bien entendu la condamnation aux dommages et intérêts que pourrait obtenir la partie trompée.

Enfin l'effet le plus original engendré par les fiançailles dans notre ancienne société consiste dans l'empêchement dirimant qu'elles forment au mariage de l'un des fiancés avec les parents de l'autre. Cet empêchement que les auteurs appellent « d'honêteté publique », publica honestas, n'est pas dû à une véritable affinité qui résulterait des fiançailles en souvenir de l'ancien matrimonium initiatum des Germains, car à notre époque les fiançailles ne sont plus qu'un usage et une simple préparation au mariage. Il est fondé en réalité sur des considérations de morale et d'honnêteté publique poussées à l'extrême de la part des canonistes. Puisque c'est un empêchement dirimant, il subsistera dans tous les cas, alors même que les fiançailles auront été dissoutes et que par suite, il ne restera

plus aucun lien entre les parties. Il suffit, pour faire naître cet obstacle perpétuel, sauf dispenses, que les fiançailles aient été valablement contractées à un moment donné, bien qu'elles aient été dissoutes depuis. « La raison en est, nous dit Pothier, qu'il suffit qu'une femme, par les fiançailles qu'elle a contractées, soit avec mon père, soit avec mon fils, soit avec mon frère, ait eu pendant quelques temps à mon égard, un commencement de qualité de belle-mère, de bru ou de belle-sœur, pour que la pudeur et l'honnêteté publique ne permettent pas qu'elle devienne ma femme (1). »

A l'origine, d'après une décrétale (2), cet empêchement aurait eu une portée illimitée et se serait appliqué à tous les parents du fiancé. Dans la suite, on le restreignit et on le rendit identique à celui qui résultait de l'accomplissement du mariage. Il s'appliquait en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale aussi loin que s'étendait l'affinité produite par le mariage ; enfin cette publica honestas s'étendait même aux parents illégitimes du fiancé, car, disait-on, les sentiments de pudeur et d'honnêteté qui l'ont créée se retrouvent ici avec la même force, mais ne s'étendait pas aux alliés ; elle résultait même de fiançailles nulles pour cause d'affinité, de religion, mais était simplement prohibitive dans

(1) Pothier, op. cit. nº 218.

(2) Sponsam alterius (maxime si est nubili ætate proxima) nullus consanguineorum aliquo modo sibi potest matrimonio copulari. — Décrét. Grég. IX, livre IV, tit. 1, cap. 8.

ce cas. Le concile de Trente restreignit l'étendue de cet empêchement. Désormais il ne s'étendra plus qu'au 1er degré en ligne collatérale et son existence est subordonnée à l'accomplissement de fiançailles valables. Comme tout empêchement de droit ecclésiastique, il était d'ailleurs toujours possible de le faire lever par une dispense du Pape.

Tels sont les effets produits par les fiançailles lorsque elles ont été contractées purement et simplement. Mais un terme ou une condition peuvent y être apposés. Dans le premier cas, le contrat existe immédiatement, mais l'exécution est différée et ne peut être demandée par l'une des parties avant son arrivée. Quant à l'empêchement au mariage qui dérive des fiançailles, il se produit dès leur formation et peut être invoqué aussitôt. Si, au contraire, c'est une condition qui a été ajoutée, c'est l'existence même de la promesse qui est suspendue. Jusqu'au jour de l'échéance, il n'y a pas encore obligation, mais simple espérance d'obligation, qui permet cependant de faire les actes conservatoires. Aussi, si l'une des parties, fiancée sous condition, faisait publier ses bans avec une autre personne, son cofiancé serait fondé à y former opposition. Un arrêt du 28 avril 1778, rapporté par Merlin, ne permit pour l'avenir à toute personne de former opposition que lorsqu'il s'agirait d'invoquer un empêchement dirimant. (1)

L'effet obligatoire des fiançailles ne se produisait

(1) Merlin, répertoire V°, Fiançailles, §V.

qu'en l'absence de certains évènements qui étaient considérés comme une juste cause de dissolution et comme rendant la liberté aux parties. Si donc, il y avait un motif qui permit aux parties de se délier de leur engagement, il n'y avait plus lieu, en cas de rupture, à dommages et intérêts ou à censure ecclésiastique (lorsqu'elle était encourue).

Parmi ces causes de dissolution des fiançailles il y a d'abord le mutuel dissentiment qui suffit à les dissoudre comme le mutuel consentement a suffi a les former. Même dans le cas où les fiançailles sont accompagnées du serment, la rupture par mutuel consentement ne fut pas considérée comme un parjure. Cette décision admise à cause des conséquences fâcheuses des mariages contractés contre la volonté des époux était conforme aux principes du droit canonique (1). Puisque la partie liée par un serment peut être déliée par celui à qui le serment a été donné, il est évident qu'il doit en être ainsi à plus forte raison lorsque la rupture vient d'un consentement mutuel et réciproque. Ce mutuel dissentiment peut-être exprès ou tacite, si, par exemple, les parties ont laissé passer le temps qu'elles avaient fixé pour l'accomplissement du mariage sans l'avoir requis ou si, par le fait de l'une et de l'autre, elles ont contracté un lien d'où résulte un empêchement dirimant à leur mariage, comme si le fiancé devenait avec le consentement de l'autre, le parrain d'un enfant que sa fiancée aurait eu avant leur mariage(2).

(1) Innocent III, décrétales l. IV, t. I, cap. 2
(2) Pothier, op. cit. n° 55, 56, 57, 58.

Les causes de dissolution unilatérales sont : 1° Le mariage que l'un des fiancés aurait contracté avec un autre que son fiancé au mépris de l'empêchement engendré par les fiançailles. La partie délaissée est déliée de son engagement envers l'autre partie qui n'a pas tenu sa promesse et qui peut être condamnée à des dommages et intérêts pour cette raison. Nous avons vu en effet que les fiançailles produisent un empêchement simplement prohibitif au mariage de l'un des fiancés avec une tierce personne et nous sommes dans le cas où cette prohibition n'aurait pas été observée ;

2° Il en est de même si l'un des fiancés a eu des relations avec un parent de l'autre depuis la promesse de mariage. Les anciens auteurs sont d'accord pour décider que « l'honnêteté publique » s'oppose à ce que le mariage soit contracté. Désormais le mariage n'est plus possible entre les fiancés, à moins que la partie infidèle n'ait obtenu des dispenses pour pouvoir exécuter sa promesse de mariage ; la partie innocente peut même obliger le fiancé coupable à requérir ces dispenses. Sur ce point les canonistes sont très rigoureux et vont même jusqu'à décider qu'une simple cohabitation fortuite et n'offrant aucun des caractères d'un lien légal entre le fiancé et une parente de la fiancée suffit pour empêcher le mariage projeté. La « simple fornication » commise depuis la promesse de mariage est aussi un motif qui délie la partie innocente de son engagement : « Si quis juraverit se

ducturum aliquam in uxorem non potest ei fornicationem opponere precedentem sed subsequentem, ut illam non ducat in conjugem (1) ».

3° Tout changement notable survenu dans la personne ou dans les biens de l'un des fiancés et qui eut empêché l'autre fiancé de promettre le mariage, s'il avait pu le connaître ou le prévoir, est une cause de dissolution des fiançailles. Il en est de même si ces changements sont survenus à la personne ou aux biens de celui qui a promis le mariage. On peut citer : le cas de démence, la condamnation infamante encourue par l'un des fiancés, l'enlèvement de la fiancée car « le rapt d'une fille laisse à cette fille une certaine *note* qui m'eut empêché de contracter des fiançailles avec elle, si je l'eusse prévu (2) », la fornicatio carnalis à laquelle on pouvait assimiler la fornicatio spiritualis, c'est-à-dire le fait de tomber dans le péché d'hérésie, la survenance d'une maladie ou d'une difformité, par exemple si « la personne à qui j'ai été fiancé était devenue lépreuse, ou paralytique, ou avait perdu les yeux ou le nez (3), » car ce serait peut-être favoriser le libertinage. Enfin une diminution importante de fortune et même pour certains un accroissement considérable permettent à l'une et à l'autre partie de se dégager.

(1) Innocent III, cap. quemadmodum extra de jure jurando. Décrét. Grég. lib. II, tit. XXIV, cap. 25.
(2) Pothier, op. cit. n° 60.
(3) Pothier, ibid. — Urbain III, cap. litteras extra de conjugio leprosorum, décrét. Grég., liv. IV, t. IX, cap. 3.

4° La « jactance » était encore un juste motif de dédit. Elle avait lieu lorsque la rumeur publique accusait un fiancé de s'être vanté d'avoir eu des relation illégitimes avec sa fiancée. Celle-ci pouvait alors reprendre sa parole.

5° Dans le cas où les fiançailles ont été faites par les parents au nom de leurs enfants impubères, ceux-ci arrivés à l'âge de la puberté peuvent manifester une volonté contraire sans avoir aucun motif à invoquer.

6° D'après le droit des Décretales, la formation des vœux et l'engagement dans les ordres sacrés permettent à l'un des fiancés de dissoudre ses fiançailles sans encourir de responsabilité, « l'autre partie ne pouvant pas trouver mauvais qu'elle retire la foi qu'elle lui avait donnée pour l'engager à Dieu (1). »

7° L'absence et le grand éloignement prolongé sont pour certains auteurs une juste cause de dissolution (2). La fiancée n'était pas obligée d'attendre le retour, car elle pouvait perdre ainsi l'occasion d'un mariage avantageux.

8° Enfin l'expiration du délai que les parties avaient réciproquement fixé pour la célébration du mariage libère de sa promesse le fiancé délaissé.

Dans tous ces cas l'obligation civile résultant du lien des fiançailles disparaitra pour la partie victime de ces évènements, et ne pourra plus être invoquée contre elle, mais subsistera toujours à l'égard

(1) Pothier, op. cit. n° 64.
(2) Decret Greg. IX, lib. IV, tit. I, cap. 5.

de celle qui a été la cause de la rupture. Toutes ces causes unilatérales de rupture ne créent de juste motif de la dissolution qu'au profit de l'une des parties, l'autre reste tenue. Le droit et l'obligation résultant des fiançailles ne sont pas inséparables et l'on pouvait être déchu de son droit et toujours tenu de son obligation.

L'obligation aux dommages-intérêt étant sanctionnée par la loi civile, les parties eurent recours souvent à la stipulation de peine conventionnelle pour fixer elles-mêmes, en cas de dédit, la somme à payer et éviter ainsi les chances d'erreur dans l'appréciation du juge. Sur la question de savoir si la clause pénale doit être admise ou non, nos auteurs sont divisés et nous nous trouvons en face d'une jurisprudence équivoque et inégale.

D'après une décrétale du pape Grégoire IX, faisant suite aux prescriptions du droit romain, la stipulation de peine ajoutée à une promesse de mariage doit être rejetée par la raison qu'aucune entrave ne doit être apportée à la liberté du mariage (1). Pour certains canonistes, cette stipulation va jusqu'à constituer un péché véniel. Dès le XIII[e] siècle, les Etablissements de Saint-Louis nous rapportent que les jurisconsultes adoptent la même opinion et prohibent l'emploi de cette clause tout en autorisant cependant l'usage des arrhes. Il existe entre ces deux procédés une différence très bien

(1) Decret. Grégoire IX, lib. IV, titre 1, cap. 29.

mise en lumière par ce curieux document (1). La jurisprudence confirma cette doctrine par de nombreuses décisions qui nous sont rapportées par Louet, Chenu, Bacquet, Leprêtre, Fremin, Deghewiet, de Cambolas, Boniface (2).

Tontefois un revirement se produisit sous l'influence des principes canoniques qui admettent la force obligatoire des fiançailles et par suite les censures ecclésiastiques et les divers moyens qui tendent à assurer l'exécution du mariage. Dès lors, et sous peine de contradiction, il fallait sanctionner la clause pénale dans notre matière, et la déclarer va-

(1) Etablissements de Saint-Louis, édit. Paul Viollet, t. II, liv. I. ch. 128. Des erres de mariage. — Se aucuns hom avait sun fil qui fust en aage et li pères dist à aucun de ses voisins : « Vos avez une fille qui est auques de l'aage mon fil, si vos voliès qu'ele fust à mon fil ele sera en aage, je lou voudroie bien, en itèle manière que vos me baillissiez une pièce de vostre terre et je vos bailleroie X lib. par non d'erres, en itèle manière que les erres me demorroient quand vostre fille sera en aage de marier s'ele ne voloit le mariage otroier, autresi si ele ou il ne le vossist otroier, les erres demorroient à l'autre ou à ses oirs, sil n'i avoit lignage ou autre cas por coi li mariage deust remaindre. Et s'il i avoit aucune achoison por coi Sainte Eglise ne s'i vousist consentir, ne le deust, les erres retorroient à celui qui les avroit baillié. Et s'ils avoient fait en autre manière que ils aüssent mis plèges de randre l'un ou l'autre (une poine de) C. lib. ou de de plus ou de moins, se li mariage n'estoit, la poine ne seroit pas rendable par droit.

(2) Chenu, questions 43, 44, 45 et 48. Bacquet, traité des Droits de Justice, chap. 21, nº 329. — Leprêtre, chap. 68. — Fremin, décisions du Parlement de Metz, livre 2, décision 3. — Deghewiet institutions au droit belgique, arrêt de 1700 et 23 février 1704, (references citées par Merlin, rep. vº, peine contractuelle). — De Cambolas, arrêts du Parlement de Toulouse du 12 décembre 1595. — Boniface, arrêts du Parlement de Provence, 16 mai 1640, 12 mai 1646.

lable. Quant à la prohibition résultant de la décrétale de Grégoire IX, on prétendait qu'elle s'appliquait au cas particulier de fiançailles faites par les parents d'enfants de moins de 7 ans et non au cas de fiançailles librement consenties par des majeurs. Dans la première hypothèse la nullité de la stipulation se justifiait par la nullité de la promesse elle-même, accessorium sequitur principale. La même raison n'existant pas pour les promesses de mariages faites entre majeurs, on devait valider la peine stipulée.

Les auteurs et la jurisprudence des Parlements ratifièrent cette nouvelle manière de voir, mais avec des restrictions tenant au grand principe de la liberté du consentement au mariage. Les parties ne pourront jamais entraver la liberté de dissolution par la fixation d'une somme excessive et à ce point de vue la clause pénale sera nulle ; mais d'autre part, comme le juge doit accorder des dommages-intérêts à raison de la rupture lorsqu'elle n'est justifiée par aucune cause légitime, rien n'empêche les parties de fixer par avance, ces dommages-intérêts. Le juge aura toujours le droit d'examiner l'étendue du préjudice souffert et de réduire, s'il y a lieu, à son taux véritable le chiffre fixé dans la convention. En un mot, la clause pénale est permise mais toujours réductible au montant des dommages-intérêts accordés. Telle est l'opinion de Bœhmer, de Pothier qui nous rapporte en ce sens un arrêt rendu le 29 août 1715 et de Merlin qui nous cite deux arrêts du Parlement de Paris en date du 28 mars 1633, et

1643, et un arrêt du Parlement de Rouen du 18 août 1781 (1),

La même préoccupation de sauvegarder la liberté du consentement se retrouve dans les règles qui régissent la dation des arrhes, les donations, les cadeaux que se font les fiancés avant de contracter mariage.

L'usage de se donner réciproquement des arrhes était très répandu dans notre ancien droit. C'était un gage donné de part et d'autre, de la sincérité et de la fermeté du contrat. Celle des parties qui, sans juste motif, refuse d'accomplir son engagement doit rendre à l'autre les arrhes qu'elle a reçues et perdre celles qu'elle a constituées. Cette coutume a toujours été permise pour les mêmes raisons qui l'avaient fait admettre en droit romain, et sanctionnée par la loi civile. Nous en avons vu un exemple dans les établissements de Saint-Louis, mais une restriction y est apportée. Il ne faut pas que cette donation soit trop considérable eu égard « à la qualité et aux facultés des parties. » Le juge avait toujours le droit de les réduire au chiffre des dommages-intérêts résultant de la rupture et la partie qui refuse d'exécuter sa promesse peut les répéter jusqu'à concurrence de cette somme. Sinon, elle pourrait être mise dans la nécessité de contracter un mariage qui a cesé de lui plaire par crainte de

(1) Bæhmer : jus ecclesiast. protest. lib. 4, tit. 1, tome III n° 130. — Pothier op. cit. n° 44. — Merlin, répertoire v°, peine contractuelle, chap. I, § 3.

subir une trop grosse perte résultant de l'abandon forcé d'arrhes trop élevées pour sa fortune. C'est ce qui été jugé par un arêt du 20 août 1680, rapporté par Pothier (1).

Pour les donations entre fiancés, elles étaient toujours soumises à la condition tacite si nuptiæ sequantur. La rupture de la promesse les rendait non avenues et le donateur rentrait de plein droit en possesion par la défaillance de la condition.

Il en était de même pour les présents offerts par les fiancés l'un à l'autre, et connus la sous désignation générale de « bagues et joyaux. » Pour eux aussi, la même condition était sous-entendue et la restitution en était toujours due par la partie qui se refusait à accomplir le mariage. Cette restitution devait être intégrale et l'on n'appliquait pas la décision romaine de l'empereur Constantin laissant à la fiancée la moitié de ces cadeaux *si jam osculum intervenerit*, ce baiser n'étant considéré en France, nous dit Merlin, que comme une simple civilité. La fiancée en pareil cas ne doit rien retenir et Godefroy, Mornac, Louet, Automne, dont il nous rapporte l'opinion, disent que cette loi n'est point suivie dans le royaume (2).

Cependant il était d'usage, lorsque la rupture provient du prédécès du fiancé, que la fiancée soit consolée de sa perte par la possession des cadeaux qu'elle à reçus de lui, surtout si elle a attendu longtemps

(1) Pothier, op. cit. n° 43.
(2) Merlin, répertoire v° fiançailles, § VII.

et manqué de ce fait,des occasions avantageuses.Un arrêt du Parlement de Toulouse, en date du 21 avril 1656, cité par Merlin, d'après Castellan, laisse à la fiancée les habits et les linges que lui a donnés son fiancé mais l'oblige à rendre les perles, les diamants, l'argent et des habits qu'elle n'avait retirés du tailleur que depuis le décès. Cette matière, toute d'équité, est laissée à l'appréciation entière des magistrats qui doivent prendre en considération l'état dans lequel se trouve le donateur. Lorsque la rupture provient du refus du donateur, celui-ci devait perdre les cadeaux qu'il avait faits « car en ce cas, nous dit Pothier, le donateur ayant été mis en demeure d'accomplir la condition, elle doit passer pour accomplie vis-à-vis de lui suivant la règle de droit: in omnibus causis pro facto id accipitur,quoties per aliquem mora fit,quominus fiat.»(1)

La même condition résolutoire se retrouvait dans les règles qui régissaient la restitution de la dot en cas de rupture. Dans notre ancien droit, on n'appliquait plus le principe romain que la propriété de la dot passe au mari sous le régime dotal. Cette propriété reste à la femme. Quant au régime de la communauté, le mari est bien considéré comme seigneur et maître des biens qui la composent mais il n'acquerra jamais la propriété des biens qui y tombent du chef de la femme que par le mariage (2). Ses droits ne prendront naissance qu'à partir de ce

(1) Pothier, op. cit. nº 46.
(2) Pothier, traité de la communauté, nº 23.

moment et en cas de dissolution des fiançailles, il n'aura rien à restituer, n'ayant rien acquis. Pour reprendre les corps certains qui auraient été livrés au futur époux avant la célébration du mariage, la femme aura l'action en revendication qui la met à l'abri des actes d'aliénation consentis sur ces biens. Mais il s'agit de choses fongibles ou qui se consomment par le premier usage, comme des sommes d'argent, à raison de leur nature même, la femme ne pourra plus agir par le même procédé, elle n'aura qu'une créance de restitution de même qu'elle sera aussi simple créancière à raison des dégradations et autres actes qui engagent la responsabilité du futur mari.

Comme telle, elle était exposée au risques d'insolvabilité et de détournements de son futur époux et à ce titre devait être spécialement protégée. Dans les pays de droit écrit, on lui accordait le priviligium inter personales actiones du droit romain qui la faisait préférer aux autres créanciers chirographaires et lui permettait de prélever en nature les biens dotaux ou acquis des biens dotaux. Mais on lui refusait l'hypothèque légale créée par Justinien qui était attachée seulement à la célébration du mariage. Le seul Parlement, celui de Toulouse, qui admettait cette hypothèque, la refusait généralement à la simple fiancée. (1)

(1) Despeisses : œuvres, t. I, partie 1re, titre 15, sect. 3, n° 57. De Cambolas, décision notables sur diverses questions de droit jugées par le Parlement de Toulouse, livre V. chap. 17 p. 355.

Celle-ci, primée par les créanciers hypothécaires de son futur mari, ne pouvait acquérir la même garantie qu'en la stipulant dans la convention. En fait cependant, ce danger était souvent conjuré par le principe admis dans notre ancienne jurisprudence portant que tout acte notarié emportait hypothèque conventionnelle tacite à sa date sur tous les biens du débiteur. La fiancée qui dressait son contrat de mariage par acte notarié acquerrait ainsi, dès ce jour, sur les biens de son fiancé, une hypothèque qui lui garantissait ses créances de restitution. Quant à la règle du droit romain prononçant l'inaliénabilité des biens dotaux pour protéger la femme contre les actes de son futur mari depuis la constitution de dot, son utilité avait disparu dans notre ancien droit puisque la femme conservait la propriété de ses biens jusqu'au jour du mariage.

Quelques coutumes isolées cependant, comme la coutume d'Auvergne et celle d'Artois, firent échec au principe généralement admis de l'inaliénalité datant seulement du mariage. Conformément au droit romain, elles firent remonter l'inaliénabilité dotale au jour de la constitution. L'article 1^er^, chap. XIV, de la coutume d'Auvergne porte : « Les mari et femme, conjointement ou séparément, constant le mariage ou fiançailles, ne peuvent vendre, aliéner, permuter ni autrement disposer des biens dotaux de ladite femme au préjudice d'icelle, et sont telles dispositions et aliénation nulles et de nul effet et valeur

et ne sont validées par serment. » Mais cette disposition particulière et dérogeant au principe général, n'avait pas été créée dans le but d'éviter l'inconvénient que nous venons de signaler, bien que ses effets atteignent le même résultat. D'après Chabrol (1) le commentateur de cette coutume, il faut voir dans cette assimilation de la fiancée à la femme mariée, l'application d'un vieux principe tombé en désuétude qui mettait la femme en puissance du mari dès les fiançailles et qui est contenu dans l'article 1er de la coutume d'Auvergne : « Femme mariée *ou fiancée* est en la puissance du mari *ou fiancé* excepté quant aux biens adventifs ou paraphernaux desquels elle est réputée mère de famille et dame de ses droits ». Le même principe et les mêmes conséquences se retrouvent dans la coutume d'Artois : « La femme, *dès qu'elle est fiancée*, ne peut contracter ni disposer de ses biens, par testament ni autrement, sans l'autorisation de son fiancé. » (2) Quelques commentateurs approuvent cette doctrine et rapportent même quelques arrêts qui la confirment (3). Dans toutes les autres coutumes l'inaliénabilité ne remonte qu'au jour du ma-

(1) Chabrol. Coutumes de la province d'Auvergne, II, 15e question.

(2) Art. 87 de la 2e publication de 1543 et art 200 de la réformation de cette coutume en 1735.

(3) Choppin, sur la coutume de Paris, liv. II. t. 1, n° 15. Charondas : sur la coutume de Paris, art. 227, tit. 1er p. 167, rapporte un arrêt du 17 décembre 1562 qui déclare nulle une aliénation faite par la femme après les fiançailles sans l'autorisation du futur mari.

riage, car la femme n'a plus besoin de cette garantie spéciale puisqu'elle conserve la propriété. Cette inaliénabilité avait été au contraire admise dans ces coutumes particulières pour empêcher la fiancée de frustrer son futur époux et l'empêcher de rendre illusoire la constitution de dot par des aliénations et autres actes frauduleux.

Pour que les fiançailles produisent les effets importants et rigoureux qui y sont attachés, il faut que l'existence de la promesse soit certaine et que la preuve du contrat ait été régulièrement faite, suivant les règles établies par l'autorité civile.

D'après le droit canonique en effet, les promesses de mariage n'ont aucune valeur si l'une des parties vient ensuite à les nier car cette négation pouvait laisser présumer que le consentement n'a pas été librement donné ce qui revenait à dire qu'il n'avait pas été donné. L'autorité ecclésiastique, d'accord avec l'ancienne jurisprudence du royaume, permettait la simple preuve par témoins et celle-ci pouvait être suppléée par le serment des parties. Un droit nouveau fut introduit dans cette matière par l'ordonnance de Moulins qui, en 1566, interdit la preuve testimonale sur toutes choses excédant une valeur de cent livres et dont les parties ont pu se procurer une preuve par écrit. En exécution de cette ordonnance un arrêt rapporté par Pothier d'après Bardet (1), rendu le 29 décembre 1629 dé-

(1) Pothier. Op. cit. n° 59, — Bardet, tome 1, livre 3, chapitre 76.

décida qu'il y avait abus dans un « appointement » de l'official du Mans qui avait autorisé la preuve testimoniale d'une promesse de mariage. Cette jurisprudence fut législativement consacrée par la déclaration du 26 novembre 1639 dont l'article 7 est ainsi conçu : « Défendons à tous nos juges, même à ceux d'Église, de recevoir la preuve par témoins des promesses de mariage, autrement que par écrit qui soit arrêté en présence de quatre proches parents de l'une et de l'autre partie, encore qu'elles soient de basse condition. Ces derniers mots se rapportent, pour la supprimer, à l'exception qui avait été établie par le Code Michau, en faveur des « personnes de village basse et vile condition. » Il leur suffisait de fournir six témoins choisis parmi les plus proches parents des parties.

Il y avait un cas cependant pour lequel ce formalisme rigoureux se relâchait pour faire place au contraire, à une facilité exagérée dans l'administration de la preuve, il s'agit du cas de promesses de mariages suivies de séduction. Au lieu de soumettre ici la partie trompée aux difficultés de la preuve écrite fortifiée par la présence de quatre témoins, notre ancienne jurisprudence, cédant probablement aux influences religieuses qui, dans un but de morale, cherchaient par tous les moyens à réprimer la corruption des mœurs, admit que la promesse de mariage pouvait dans cette hypothèse résulter d'une simple présomption. La fille séduite n'a qu'à établir le fait matériel de sa grossesse et prouver qu'elle

est l'œuvre d'un tel homme, pour que la promesse de mariage soit ipso facto présumée, si les parties sont d'égale condition. Le juge, sur le fondement du fait décisif de la grossesse, devra penser qu'elle n'est que le résultat d'une promesse antérieure.

Une femme rendue mère, c'est une femme à qui on a promis le mariage, et du premier fait le juge devait conclure irrésistiblement au second. Voilà à quelles exagérations était arrivée notre ancienne jurisprudence, voilà par quels procédés on voulait réfréner la licence des mœurs ! Pour nos aïeux, une fille ne doit céder qu'en toute sécurité, après un calcul qu'elle a fait, ou que la loi fait pour elle ; si elle s'abandonne, c'est que son avenir doit être assuré ainsi que celui de son enfant. L'engagement d'élever l'enfant peut seul expliquer sa naissance et celle-ci à son tour n'est que le résultat de fiançailles qui en sont le prélude et l'explication. C'est l'idée exprimée par Fournel lorsqu'il nous dit : « Les familiarités des deux parties ne sont considérées que comme des arrhes qu'elles se donnent réciproquement de leur convention, ce qui les assimile en quelque sorte à des fiancés qui n'attendent plus que la ratification de l'église pour consacrer leur union (1) ». Ce raisonnement semble même tout naturel et n'a rien qui puisse offenser la morale publique : « Quand une fille a le malheur de sentir sa vertu chanceler, il n'est point contraire aux bonnes

(1) Fournel, traité de la séduction, ed. 1781, partie I, chap. I, p. 9.

mœurs d'exiger de son séducteur qu'il se hâtera de lui donner le titre d'épouse légitime et de réparer par le sacrement les suites affligeantes attachées à sa faiblesse. C'est sous cette condition qu'une fille est toujours présumée avoir succombé, la stipulation est si naturelle, si vraisemblable que, de tout temps, elle a été supposée de droit, sans que la fille eut besoin d'en représenter un titre par écrit. » (1). La raison d'être de cette supposition nous est donnée par les anciens docteurs : Virgo non est existimanda adeo fatua ut virginitaten suam sine promissione matrimonio velit tribuere, cum puellarum omnium voluntas sit se in matrimonio collocare.

Aussi, les dommages-intérêts élevés qui sont prononcés sont-ils l'application des principes sur l'inexécution des engagements ordinaires. Ils ne dérivent pas d'un délit, car l'action qu'il engendre a pour but de demander la réparation d'un préjudice souffert contre le gré ou à l'insu de la partie lésée, or tel n'est pas le cas ici ; ils ne dérivent pas davantage d'un pacte exprès ou tacite en vertu duquel le séducteur se serait engagé à indemniser la fille qu'il a trompée du dommage matériel qu'elle sera obligée de supporter pour l'éducation et la nourriture de l'enfant ou du dommage moral qui consistera dans l'atteinte portée à son honneur. Un tel pacte serait nul comme contraire à la morale, nous disent les auteurs, car alors une fille ne s'abandonnerait aux désirs d'un séducteur qu'en vue de

(1) Fournel, ibid. p. 8.

la récompense pécuniaire qui la dédommagera de son sacrifice. La condamnation qui intervient, devant l'impossibilité de l'accomplissement forcé de la promesse elle-même, sera donc celle qui doit fournir l'équivalent de la chose promise, c'est-à-dire l'application de la règle générale que toute obligation de faire doit se résoudre en dommages-intérêts.

Tel est le droit en vigueur dans notre ancienne société. Les promesses de mariages produisent des effets rigoureux et importants qui sont sanctionnés soit par l'autorité religieuse, soit par l'autorité civile. Le principal est l'obligation d'épouser qui se résout en dommages-intérêts alloués d'une façon très large, nous l'avons vu. Il semble qu'il y avait là un échec sérieux au grand principe si souvent répété de la liberté du mariage, principe qui devait être gravement compromis par la menace des peines ecclésiastiques et pécuniaires. En fait cependant on ne voyait aucune incompatibilité entre le respect dû aux fiançailles et la liberté des mariages et tous les auteurs attestent de la fréquence de cet usage. « C'est qu'ils avaient du consentement au mariage sans doute, une idée différente de celle que s'en font les adversaires des fiançailles ; ils voulaient que ce consentement fut éclairé et pour cela que l'accès ordinairement difficile entre jeunes gens et jeunes filles fut facilité et qu'une fréquentation fut permise au prétendant sérieux. Le moyen de s'assurer de la sincérité du prétendant et, par suite, d'obtenir cette fréquentation, c'était les fiançailles. Cela étant

donné, les fiançailles, au lieu d'être la négation de la liberté du mariage, comme on va le répétant, en étaient la condition sine qua non, puisque consentir c'était avant tout savoir et connaître ; au lieu de compromettre l'indépendance de la volonté, elles l'assuraient dans ce qu'elle a de sérieux et faisaient de la cérémonie dernière autre chose qu'une vaine parade dénuée de sens (1). » — N'est-il pas plus exact d'expliquer cet antagonisme par les efforts tentés à cette époque par la juridiction séculière pour restreindre la compétence de la juridiction religieuse et attirer à elle la connaissance des causes matrimoniales ? En supprimant les contraintes ecclésiastiques, les sentences rendues par l'official sont devenues purement platoniques et en s'attribuant la question des dommages-intérêts, sous le prétexte de ne pas gêner la liberté du consentement au moment du mariage, la juridiction civile prend pour elle l'effet le plus important des fiançailles et s'attribue par cela même une importance prépondérante dans la formation du mariage.

(1) Giraud — Des promesses de mariage, page 12.

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

Valeur juridique des promesses de mariage.

Notre Code civil ne fait mention des fiançailles ni au titre du mariage ni au nombre des contrats qu'il sanctionne. De ce silence il faut conclure qu'elles ne sont plus une institution positive de notre droit mais non qu'elles sont disparues ou interdites. En fait et dans nos mœurs, elles sont encore d'un usage général car leur but et les avantages qu'elles présentaient dans les sociétés anciennes se retrouvent aujourd'hui avec la même force et à ce point de vue il est vrai de dire que leur utilité est de tous les temps et de tous les pays. Comme autrefois, les fiançailles ont pour but de faciliter et de régulariser cette situation délicate qui précède le mariage. Aujourd'hui encore il faut qu'il y ait avant la célébration, des démarches, des entrevues, des présentations, des conversations dans lesquelles les futurs

époux cherchent à se connaître, à s'apprécier et à s'assurer que l'union qui va suivre s'annonce dans les meilleures conditions de bonheur. Il faut aussi, dans l'intérêt de la bonne harmonie et par suite de la force du mariage, régler à l'avance les questions pécuniaires et le régime qui fixera le sort des biens des futurs époux. Enfin ces préliminaires terminés, il y a ce qu'on appelle la demande en mariage qui, dans le cas où elle est accordée, est suivie de consentements et promesses réciproques qui ne sont pas encore le consentement solennel et décisif qui constitue le mariage.

D'ailleurs, si les fiançailles n'existent plus en tant qu'institution du droit civil, l'acte dans lequel elles étaient d'ordinaire relatées et même formellement contractées subsiste toujours : c'est le contrat de mariage. Nous trouvons cette clause de style dans les anciens contrat: «....En suite du mariage traité et arrêté entre les parties et qu'elles ont promis célébrer en face de l'Eglise à la première réquisition de l'une d'elles, et avant de passer outre à cette célébration, les parties ont déterminé de rédiger en contrat public les articles et accords matrimoniaux verbalement arrêtés entr'elles lors dudit traité du mariage» (29 janvier 1779). Cette formule se retrouve dans les actes jusque vers le milieu du siècle où nous voyons encore à la date du 30 octobre 1845 que « les dits sieurs.... ont promis et promettent de se prendre en vrais et légitimes époux et de faire célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil et selon le

rite de l'Eglise catholique qu'ils professent l'un et l'autre. » Aujourd'hui cependant les notaires suppriment cette promesse et se contentent d'écrire : « Lesquels, dans la vue du mariage projeté entr'eux et dont la célébration doit avoir lieu aujourd'hui même à la mairie de.... ont arrêté les clauses et conditions de la manière suivante. » (1)

Enfin la loi elle même suppose et rend ces promesses nécessaires par la formalité des publications.

Nous voyons par là que,si les fiançailles ont disparu telles qu'elles étaient autrefois, elles subsistent encore sous la forme de promesses de mariage qui remplissent le même but,si bien que le langage usuel a consacré cette assimilation et a gardé le mot fiançailles pour désigner l'acte par lequel deux personnes se promettent de se prendre réciproquement pour époux. Et rien ne prouve mieux que si le nom est changé l'institution est restée la même, que le grand nombre de décisions rendues depuis 1804 au sujet des questions soulevées autrefois par les anciennes sponsalia.

Le silence de notre loi positive qui s'explique tout naturellement par la sécularisation absolue du mariage a pour effet de laisser les promesses de mariage régies par le droit commun. Dès lors il faut se demander quelle va être leur validité et quelles seront les conséquences de leur rupture. Faut-il in-

(1) Contrat en date du 25 février 1901. Formules extraites des minutes de Me Berlie, notaire à Aix.

terprêter le mutisme de notre code dans le sens de l'efficacité juridique du contract se résolvant comme toute obligation de faire en dommages et intérêts, ou bien au contraire dans le sens d'une simple valeur morale dépourvue de toute sanction positive et permettant aux parties de se dégager impunément sans encourir aucune responsabilité ?

Tout d'abord il faut préciser le sens de la question. Quand on dit que les promesses de mariages sont obligatoires, on ne veut pas indiquer par là que le fiancé qui à donné sa parole peut être contraint etiam manu militari à exécuter la promesse elle-même et à consentir au mariage. L'objet de l'obligation est un fait dont l'exécution dépend uniquement de la volonté de son auteur et qui ne peut être accompli que de son plein gré. Aucune contrainte directe n'est possible et c'est en ce sens que l'on peut dire : nemo potest prœcise cogi ad factum. Par conséquent si le fiancé refuse d'accomplir le mariage promis,la partie délaissée n'aura aucun moyen legal pour le forcer à l'épouser contre sa volonté. D'autre part, si l'obligation résultant des fiançailles ne permet pas d'exiger son exécution réelle, à plus forte raison faut-il décider que le droit de faire opposition au mariage qui serait contracté avec un étranger doit être refusé à l'autre fiancé. Dans notre droit, les empêchements au mariage sont limitativement déterminés et il faudrait un texte formel, qui n'existe plus aujourd'hui, pour faire renaître cet effet an-

ciennement attaché aux fiançailles (1). Sur ces deux points les auteurs et la jurisprudence sont unanimes et les opinions ne diffèrent que sur la question de savoir si une action en réparation doit être donnée au fiancé malheureux et pour ceux qui admettent l'affirmative,quel en sera son fondement. L'une des partie peut-elle impunément rompre et manquer à son engagement ou bien l'autre partie a-t-elle le droit d'être indemnisée du préjudice qu'elle souffre et des avantages que la rupture lui fait perdre ? Tel est le sens qu'il fait attribuer dans notre droit à la valeur juridique des fiançailles.

La cause et le point de départ de la divergence d'opinions dans notre sujet se trouve dans la mise en jeu des deux principes fondamentaux qui regissent la matière et qu'il faut tout d'abord dégager. Le principe qui domine la théorie de la formation du mariage est celui qui exige un consentement librement donné, exempt de toute contrainte morale, au moment même de la célébration devant l'officier de l'état civil, car, pour la loi civile, c'est à ce moment que le contrat prend naissance. D'autre part, il y a la règle fondamentale en matière de contrats qui repose sur le respect de la parole donnée et l'effet obligatoire de la convention (art. 1134). Comment dès lors concilier ces deux principes dont l'opposition est manifeste dans notre matière ? Comment

(1) En ce sens : Duranton : cours de droit français, tome X, n° 319. — Demolombe, tome I, n^{os} 28 et s. — Aubry et Rau, t. v. § 454, texte et note 26. — Zachariœ § 454, texte et note 25. — C. Turin, 14 floréal an XIII, journ. pol., an XIII, p. 522.

mettre en mouvement ces deux institutions sans qu'elles se nuisent l'une à l'autre et de façon à ce que chacune conserve sa valeur réciproque ? Si la promesse qui a été faite lors des fiançailles doit produire son effet obligatoire et enchainer la partie qui a promis par une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts, le consentement qui sera donné devant l'officier de l'état civil n'aura plus cette liberté et cette indépendance si haut proclamées par la loi. D'autre part, si en vertu de cette liberté, la rupture des promesses n'entraine aucune responsabilité pour son auteur, pourquoi exiger cette promesse qui n'aura aucune utilité et dont la sanction sera purement platonique ? On est pris ici entre deux inconvénients: « ou préjuger abusivement de l'union légale et la présumer contractée sans aucune des garanties qui sont attachées à la célébration du mariage et qu'il faut donc conserver intactes, ou bien au contraire réduire à rien les fiançailles en les destituant de toute sanction..... Car enfin ce qu'il y a au fond des deux opérations, n'est-ce pas toujours la volonté humaine une dans son essence qui ne peut à la fois s'engager et se reprendre, se réserver et s'enchainer, ce qui parait entrainer au fond l'insignifiance de la première promesse à moins que ce ne soit la nullité de la seconde ». (1).

Sur la valeur juridique des fiançailles ainsi délimitée, une première opinion soutient « que cette

(1) Giraud : des promesses de mariage, page 11.

convention préliminaire, qu'on l'appelle fiançailles ou promesses de mariage, existe sous le Code civil aussi bien qu'elle existait sous les anciennes lois, et doit produire les mêmes effets puisqu'elle forme un contrat synallagmatique obligatoire, qui contient l'engagement de faire et qui entre dès lors dans l'application de l'art. 1142 du dit Code. » Telles sont les expressions contenues dans un arrêt de la Cour de Trèves rendu le 5 février 1808 (1), elles résument le système.

Les arguments, très séduisants au premier abord, fournis à l'appui de cette thèse ont pour fondement le silence de la loi. Puisque notre Code ne parle pas des promesses de mariage c'est qu'il les laisse soumises au droit commun, et cela avec d'autant plus de raison qu'il ne fait que suivre les principes adoptés par notre ancienne jurisprudence. Or, le droit commun en matière d'obligations veut que les contrats librement consentis soient exécutés ; la liberté des conventions est la loi des parties et il faudrait un texte qui n'existe pas pour la restreindre, alors surtout que le contrat qui nous occupe réunit toutes les conditions de validité exigées par la loi pour sa perfection. L'article 1101 du Code civil qui nous donne la grande division des contrats nous indique à quelle classe il appartient : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres

(1) Dalloz, répertoire. V° Mariage, p. 179, en note.

à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose. » Cela étant, si nous examinons la promesse faite par les fiancés, nous sommes obligés de conclure que c'est une obligation de faire comprenant tous les éléments requis pour sa validité. Les futurs époux se promettent un fait, aux termes de la loi, qui consistera dans l'accomplissement du mariage, dans le renouvellement de l'expression de leur volonté devant l'officier de l'état civil. Cette convention est parfaitement valable en elle-même en supposant les parties majeures quant au mariage : le consentement existe expressément ou tacitement puisque c'est lui qui engendre la promesse ; l'objet est licite et déterminé, il est relatif à la réponse affirmative qui devra être faite à la question posée par l'officier de l'état civil, enfin la cause est éminemment licite car elle facilite le mariage sur lequel repose la société ; son caractère profondément moral a été reconnu par tous les peuples et à toutes les époques.

La convention étant valable et sa nature déterminée, il est facile dès lors de prévoir les conséquences qui vont en résulter et les droits et obligations qui appartiendront à chacune des parties. C'est un contrat synallagmatique en vertu duquel chacune d'elles aura une action civile pour contraindre l'autre à exécuter ce qu'elle a promis ou à fournir son équivalent si l'exécution réelle en est impossible.

Nous venons de voir que le Code divise les obli-

gations en deux grandes catégories : celles qui ont pour objet de livrer une chose, et celles qui se réfèrent à l'accomplissement ou au non accomplissement d'un fait. Pour les premières, la loi les sanctionne par une action qui tend directement à la prestation de la chose promise et qui permet de l'obtenir en cas de refus par tous les moyens de droit. Pour les secondes au contraire qui sont subordonnées à la volonté de leur auteur, l'action qui les garantit ne pourra arriver qu'à une condamnation à des dommages-intérêts, c'est-à-dire à l'équivalent de ce qui a été promis, toute exécution directe étant impossible, tout moyen de contrainte restant inefficace devant la volonté humaine. Les promesses de mariage rentrant dans cette catégorie doivent obéir à la règle générale formulée par l'article 1142 du Code civil : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Qu'on ne dise pas que la promesse de mariage n'est pas comprise dans l'expression générale employée par la loi, car tous les auteurs sont d'accord pour dire que le mot faire comprend toute espèce d'action et que la définition romaine peut encore s'appliquer de nos jours : verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur. (1) De même qu'il aurait fallu un texte pour supprimer l'existence des promesses de mariage et pour empê-

(1) L. 218, D. de verborum signific. — lib. L., tit. 16.

cher le droit commun de les régir, de même il aurait fallu une exception positive pour les soustraire à l'application de l'article 1142 et à ses conséquences ; or nulle part nous ne trouvons une telle restriction, elle ne peut donc pas être suppléée, « car les exceptions qui ne sont point dans la loi, ne doivent point être suppléées. (1) »

Il en résulte que le fiancé qui se dégage de sa promesse doit par ce seul fait être condamné à des dommages et intérêts envers son co-fiancé. Celui-ci ne pouvant plus espérer le mariage qui lui avait été promis, aura le droit, en vertu de l'article 1142, d'obtenir une satisfaction pécuniaire qui consistera dans la condamnation prononcée.

Comment ces dommages-intérêts seront-ils évalués? Dans la théorie que nous exposons, qui se fonde sur le silence du Code et par suite sur le droit commun, on répond à la question en invoquant les principes généraux contenus dans l'article 1149 : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. » La base qui devra servir à l'évaluation du juge sera déterminée par la perte subie et par le gain manqué. Elle devra comprendre non seulement la réparation du préjudice occasionné, du damnum emergens, préjudice soit matériel, soit moral, mais encore la compensation du bénéfice perdu, du gain man-

(1) Portalis, liv. prélimin. du projet du Code, tit. 5, art. 7.

qué, du lucrum cessans. Et « comme dans toutes les promesses de faire l'évaluation des dommages et intérêts est toujours difficile et donne souvent lieu à des contestations et à des procès, le Code permet aux parties de les évaluer elles-mêmes d'avance par une clause pénale qui en tient lieu, et de stipuler que celles des parties qui manquera à sa parole, paiera une somme déterminée,à titre de dommages-intérêts, sans permettre au juge de la modifier et d'allouer une somme plus forte ni moindre (art. 1152). Le Code n'a point excepté les promesses de mariage de cette dispostion. Il faut donc en conclure que les clauses pénales ajoutées aux promesses de mariage sont valables aussi bien que celles qui sont ajoutées aux autres promesses de faire (1). »

Tel a été le système soutenu dans les premiers temps qui suivirent la rédaction du Code civil et dont les principaux défenseurs sont Toullier, Merlin et Zachariæ (2). La jurisprudence l'adopta au début et en fit l'application dans plusieurs arrêts. C'est d'abord la cour de Trêves dans les termes que nous avons vus plut haut, et la Cour de Toulouse qui, le 18 mars 1827, va jusqu'à décider qu'une promesse de mariage, contenue dans un contrat de mariage, est un contrat bilatéral, valable en soi, et

(1) Toullier, droit civil français, tome VI, n° 301, p. 333,
(2) Toullier, op. cit. t. VI. n°s 300 et 301. Merlin, répertoire, v°. Peine contractuelle. Zachariæ § 457 texte et note 6. — Giraud, des promesses de mariage.

qui, en cas d'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts contre le refusant. Ceux-ci, s'ils sont dûs, doivent être alloués encore bien qu'après un refus formel celui-ci offrirait à l'audience même, d'exécuter sa promesse (1). Enfin un arrêt rendu par la Cour de Nîmes, dès le 6 août 1806 (2) prétend même que le principe des dommages-intérêts « doit-être surtout observé en matière de promesses de mariage, où les infractions de cette nature ont d'ordinaire des conséquences plus fâcheuses. » Cette jurisprudence a été consacrée par un arrêt de la Cour de la Cour de cassation, rendu par la chambre des requêtes, le 17 août 1814, qui rejette le pourvoi attendu que « c'est sur le préjudice qui est résulté pour elle (la demoiselle Aldebert), de la non exécution, de la part du réclamant, de leurs conventions respectives que les dommages et intérêts doivent être alloués (3) » De nombreuses décisions des cours et tribunaux confirment ce systéme (4).

C'est que en effet, au premier abord il est très séduisant et son ingéniosité lui permet de repousser, avec apparence de raison les objections qu'on peut lui faire. Comment soutenir que les promesses de mariage ne sont pas licites et valables comme contraires aux bonnes mœurs ? Quel est en effet

(1) Dalloz, répertoire, v° mariage, espèce en note.
(2) Dalloz, ibid.
(3) Sirey, t. XV, p. 18.
(4) Colmar, 23 juillet 1806. Rouen, 28 fév. 1815. — Toulouse, 8 mars 1827. D, répertoire v°. mariage n° 83.

leur but? « Sans contredit, le but le plus honnête, le plus louable, le plus conforme aux lois et à la morale, l'accomplissement du mariage. (1) ». La preuve en est dans l'importance que leur attribuait le droit canonique dans notre ancienne France et dans les effets rigoureux qu'il leur attachait.

Quand à l'objection tirée de ce que les promesses de mariages vont à l'encontre du grand principe de la liberté du mariage. Toullier la réfute de la façon suivante : S'il est vrai que dans tous les contrats qui ont pour objet un fait, le consentement est exigé au moment où ce contrat se forme, rien n'empêche que, dans une promesse antérieure, l'on ait restreint la liberté de dédit : « c'est un principe du droit reçu chez toutes les nations, que l'homme, en qualité d'être intelligent et libre, peut engager ses actions et une partie de sa liberté, en tout ce qui n'est pas défendu par la loi ou par la morale » (2). Pourquoi créer une exception que rien ne justifie en faveur du mariage? Lors de la promesse, les futurs époux étaient absolument libres de ne pas s'engager, à ce moment leur choix n'était que l'expression de leur libre consentement. Si, plus tard, ils se marient en exécution de cette promesse, et s'il semble qu'ils obéissent ainsi à une contrainte, ne peut-on pas dire que cette contrainte n'est qu'apparente car leur volonté n'a été gênée en rien lorsqu'ils ont consenti à se promettre mariage? D'ailleurs leur droit de se dégager

(1) Toullier, op. cit. t VI, p. 330.
(2) Toullier, op. cit. p. 332.

reste entier et il ne faut par soutenir qu'il sera restreint par la perspective des dommages-intérêts. En effet si la partie qui refuse a un juste motif de dédit, elle ne subira aucune condamnation et pourra ainsi librement contracter une autre union. S'il n'y a, au contraire, aucun motif légitimes justifiant la rupture, les dommages-intérêts qui seront prononcés, n'auront pour but que de réparer le préjudice né de l'inexécution du contrat, mais ils n'auront nullement pour effet de lier la partie condamnée et de l'empêcher de recouvrer son entière liberté. La responsabilité n'est encourue que pour le fait d'avoir été infidèle à sa parole et non pour gêner la volonté des contractants.

Cette volonté n'est pas gênée davantage par l'admission d'une clause pénale dont l'effet doit être déclaré valable. (1) Les articles 1152, 1226, 1229 du Code civil permettent aux parties de déterminer d'avance le chiffre des dommages-intérêts qui seront dûs en cas d'inexécution de la convention. Or, puisque en vertu de l'article 1142 du même Code l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à ces dommages-intérêts, il sera permis aux parties, dans ce cas comme dans les autres, d'en fixer d'avance le montant (2) puisque aucun texte

(1) Un jugement du tribunal de Tunis rendu le 1er juin 1887 (Le Droit 10 juin 1887) déclare valable une clause pénale ajoutée à une promesse de mariage ; mais il s'agit dans l'espèce, de parties qui sont régies par la loi mosaïque et non par la loi française.

(2) En ce sens : Colmar. 22 juin 1822, pand. fr. v° mariage.

ne vient leur enlever cette liberté. Bien plus, la stipulation de peine aura surtout ici son utilité. Son but est en effet de prévenir les incertitudes, les frais, les difficultés d'une preuve et d'une évalution souvent impossible à établir. Comment prouver exactement la valeur du damnum emergens et du lucrum cessans résultant pour la jeune fille de son abandon ? Tous ces dangers sont aisément évités par l'emploi de la clause pénale. Qu'on ne vienne pas dire enfin que cette convention serait contraire à l'ordre public comme gênant la liberté du mariage ! Comme la promesse qui la contient, elle a aussi pour but de favoriser le mariage c'est-à-dire d'engager à quelque chose de très moral. Et après tout, si dans quelques cas très rares, on pouvait supposer « que la peine stipulée pourrait être telle que le refractaire se trouvant dans l'impossibide la payer sans se ruiner, serait obliger d'accomplir le mariage et de persister dans son premier choix(1)»le mal ne sera pas bien grand à cela s'il n'a aucun motif pour changer ce sera au contraire un frein à son caprice : on n'a qu'à se souvenir des désordres et de l'immoralité dont Rome nous a laissé l'exemple en n'apportant aucune restriction à la liberté des mariages et en déclarant nulle toute clause qui aurait pour but de la restreindre. Ensuite et le plus souvent « l'excès de la peine stipulée dans une promesse de mariage deviendra un indice de sur-

(1) Toullier op. cit. p. 334.

prise ou de séduction qui, joint à d'autres circonstances, pourra en faire prononcer la nullité. » (1)

Enfin, dit-on, dans cette opinion, on est généralement d'accord pour reconnaître valables, licites et obligatoires, les charges et conditions ajoutées à des donations ou à des legs et portant obligation pour le bénéficiaire de se marier et même de se marier avec telle personne désignée par le disposant. (2) La liberté du mariage n'est-elle pas ici bien plus compromise que par l'effet obligatoire résultant de la promesse de mariage, des dommages et intérêts, ou de la clause pénale qui peuvent en résulter ? Cette condition d'épouser une personne déterminée imposée par le testateur ou donateur a été admise néanmoins parce qu'elle a un but très louable, bien loin d'entraver le mariage, elle ne veut que le favoriser. La situation du fiancé est cependant bien moins périlleuse que celle du bénéficiaire. Celui-ci doit, ou bien perdre le bénéfice de la disposition qui peut être importante, ou bien être forcé d'épouser une personne désignée par le donateur, qu'il n'a pas choisie et dont le choix peut être en contradiction avec ses goûts ou convenances personnelles. Le fiancé au contraire ne peut pas invoquer les mêmes raisons, car c'est lui-même qui se sera obligé, qui aura choisi sa future épouse, et la

(1) Toullier op. cit. p. 335. En ce sens : Colmar 22 juin 1822 précité.

(2) En ce sens : Aubry et Rau § 692, texte et note 15. — Demolombe, t. XVIII, n° 252. — Lyon, 27 mars 1868, S 68, 2-307.

rupture des fiançailles n'entraînera pour lui aucune perte sérieuse. Si cependant la disposition conditionnelle faisant perdre en cas de refus le bénéfice de la libéralité est considérée comme insuffisante pour restreindre la liberté du mariage, à plus forte raison doit-on admettre la même solution pour les promesses de mariage librement consenties.

Malgré cette argumentation, l'opinion que nous venons d'exposer, n'a pas prévalu et n'a pu résister aux critiques qui lui ont été adressées. Elle est trop dangereuse en effet pour la liberté nécessaire au mariage et expose trop les futurs époux à des surprises et par suite à des unions malheureuses. Aujourd'hui la doctrine presque unanime des auteurs, suivie par une jurisprudence bien assise, admet l'opinion opposée. La promesse de mariage n'a aucune valeur juridique, aucun effet obligatoire et ne peut motiver une condamnation à des dommages et intérêts que dans le cas seulement ou la rupture est entâchée d'une faute.

En réfutant les arguments dont se sert la première doctrine pour prouver l'existence et la force des promesses de mariage, nous aurons établi les bases du système qu'il nous reste à exposer. Tout d'abord l'argument qui consiste à dire que notre Code par son silence a voulu laisser aux fiançailles l'effet qu'elles produisaient dans notre ancien droit n'a aucune force. Le droit canonique reconnaissait, il est vrai,à cet engagement une valeur juridique qui dans les premiers temps, autorisait l'emploi de cen-

sures ecclésiastiques et des peines canoniques pour en poursuivre l'exécution, mais nous avons vu que, de bonne heure, la jurisprudence des Parlements qui se maintint constante jusqu'à la fin de l'ancien régime, ne partagea pas cette opinion. Elle interdit ces mesures de rigueur, et devant le refus du fiancé d'accomplir son obligation, elle ne prononce aucune peine et ne le contraint par aucune sanction. L'officialité même, dans le système qui finit par prévaloir, dut se borner à ne condamner la partie récalcitrante qu'à des prières ou à de légères aumônes. C'est donc que les sponsalia n'avaient pas la force obligatoire qu'on veut leur prêter. Depuis la Révolution, il n'y a plus de juge d'église et l'engagement moral sanctionné comme tel n'existe plus. « Dès lors le législateur devait passer sous silence les promesses de mariage, le seul effet qu'elles avaient dans l'ancien droit ne pouvant plus exister. Le silence du Code suffit donc pour que la promesse de mariage n'existe plus, elle est plus que nulle, le Code ne la connait pas (1). » En admettant que notre loi civile ait voulu s'en référer tacitement à l'état de choses préexistant, elle ne pouvait que consacrer l'effet des fiançailles réduit à un simple engagement n'obligeant que dans le for de la conscience et étranger au domaine civil.

Un second résultat du silence du code, dit-on, est de soumettre notre matière au droit commun contenu dans l'article 1134 relatif à l'effet obli-

(1) Laurent : Droit civil français, t. II, n° 306.

gatoire des conventions en général et dans l'article 1142 relatif au mode d'exécution des obligations de faire dont les promesses de mariage font partie. Cet argument repose sur une confusion qui tend à appliquer au mariage une règle qui n'est faite que pour les choses. En effet dans notre loi, les contrats qui régissent les personnes sont bien différents de ceux qui régissent le patrimoine et ils occupent dans le code une place bien distincte. Ils obéissent à des règles spéciales qui ne peuvent pas être étendues des uns aux autres et le mariage en particulier doit être régi par des principes différents de ceux qui s'appliquent aux contrats d'intérêt pécuniaire. L'article 1134 n'a trait qu'à ces derniers et est totalement étranger à notre sujet. Une autre raison de l'écarter ici est que nous sommes en matière de contrats solennels et que nous devons obéir à des règles spéciales bien différentes de celles qui régissent les autres contrats. Si l'article 1134 s'appliquait ici, il faudrait admettre comme conséquence nécessaire, que la promesse de donation serait obligatoire et donnerait lieu à une action. Cet exemple suffit pour faire écarter le principe qui l'engendre. Il est de même pour l'article 1142. « L'obligation de faire, dit M. Laurent, suppose qu'il y a un débiteur et un créancier, l'art. 1142 dit que le débiteur est condamné à des dommages-intérêts, s'il n'exécute pas l'obligation qu'il a contractée de faire. Est-ce que dans les promesses de mariage il y a un créancier et un dé-

biteur ? Chose remarquable ! Toullier en transcrivant l'art. 1142 omet les mots « de la part du débiteur ». Sa plume s'est refusée à transcrire des mots qui jurent avec la doctrine qu'il soutient. Non, une promesse de mariage, n'est pas une promesse faite par un débiteur à son créancier. Le mariage est le lien de deux âmes, ce mot n'est pas d'un poëte ni d'un philosophe, il a été prononcé au sein du conseil d'Etat par un esprit éminemment positif, par le Premier Consul ». (1).

Quant aux dommages-intérêts qui devraient être prononcés, conformément aux règles générales de l'inexécution des obligations de faire, ils doivent être la représentation exacte de tous les avantages procurés par le contrat. C'est pour cela que la clause pénale est permise, car librement stipulée et acceptée, les parties sont le plus à même d'évaluer à l'avance les bénéfices ou les pertes qui résulteront du contrat. Mais comment calculer les avantages que les fiancés peuvent retirer du mariage ? Comment concevoir que la promesse se résolve en dommages-intérêts ? « Conçoit-on que celui à qui son fiancé manque de foi, demande et obtienne, sous forme de dommages et intérêts, l'exécution forcée de la promesse, c'est-à-dire, le profit, l'avantage, que lui aurait procuré le mariage ? Conçoit-on que le juge se mette à calculer ce que peut valoir en pièces de cent sous, l'union des âmes ?...

(1) Laurent, op. cit. nº 305.

Quand deux âmes se proposaient de s'unir, et que l'une d'elles refuse, il n'y a plus lieu au mariage parce que au lieu de l'union, il y a désunion, antipathie, indifférence. L'union étant impossible, comment pourrait-il être question de lui donner une exécution forcée sous forme de dommages-intérêts ? (1) ». D'autre part si la promesse de mariage était valable en tant qu'obligation de faire, le juge pourrait condamner le défendeur à l'exécuter et lui impartir même un délai. La condamnation aux dommages-intérêts n'est que subsidiaire et parce que l'exécution directe est impossible, nemo potest precise cogi ad factum. Les articles 1144 et 1237 du code civil permettent même au créancier de faire exécuter l'obligation par un autre que le débiteur. Or tous le monde est d'accord pour reconnaitre que les juges ne peuvent condamner ni directement, ni indirectement le fiancé à accomplir sa promesse, c'est donc que cette promesse n'est pas une obligation de faire, c'est une convention juridiquement nulle car elle s'applique à un fait qui n'est pas susceptible d'une sanction et par conséquent d'un obligation. On ne doit donc pas assimiler les promesses de mariage aux obligations de faire, bien au contraire ces deux sortes de conventions doivent obéir à des règles différentes, et notamment en ce qui concerne l'application des dommages-intérêts en cas de non exécution. Outre qu'ils seraient en contradiction avec la liberté

(1) Laurent, op. cit. nº 306.

qui doit présider au mariage,leur évaluation dans le sens de l'art. 1142 serait le plus souvent impossible.

Enfin une dernière critique a été portée contre le système de Toullier. Admettons même, dit-on, que le silence du code ait eu pour effet de consacrer la force obligatoire des anciennes sponsalia, admettons que, dans le silence de la loi, il soit permis de ranger les promesses de mariage parmi les contrats ayant pour objet un fait et comme tels donnant lieu à une réparation pécuniaire en cas d'inexécution, il faudrait encore que le but soit licite pour qu'elles soient obligatoire. Tel n'est pas le cas. On a soutenu il est vrai, le contraire et l'on a dit que leur but était le plus licite et le plus moral puisqu'il tendait à l'accomplissement du mariage. Cela est très vrai, mais à la condition que le mariage soit contracté en pleine liberté et avec toutes les garanties que lui accorde la loi. Mais, nous dit Toullier, cette liberté existait au moment où la promesse était faite, et puisque à ce moment elle réunissait toutes les conditions voulues, elle doit enchaîner la liberté comme le mariage lui-même, et cela avec d'autant plus de raison que les promesses de mariage sont souvent employées comme moyen de séduction contre l'innocence. Le droit reconnu par la loi de manquer à ses engagements serait la conséquence du cette liberté.ce serait en un mot favoriser l'infidélité et l'immoralité. Au point de vue de la morale pure et de la conscience seule cela est exact et il n'y a pas de qualificatif trop sévère pour celui qui

abuse de la crédulité et de l'innocence sur la foi d'une promesse de mariage qu'il sait n'être pas obligatoire. Mais au point de vue du droit positif ces considérations n'ont plus la même force. Le grand principe qui domine la matière du mariage, nous l'avons déjà dit, consiste dans le consentement librement donné devant l'officier de l'état civil. La promesse de mariage n'implique pas l'obligation de contracter l'union immédiatement, au moment même où elle est faite, au moment où toutes les convenances personnelles peuvent se trouver réunies, en un mot au moment où le consentement est spontanément donné. Elle n'implique que l'obligation de contracter in futuro, dans un avenir plus ou moins éloigné, et c'est cette modalité qui la rend illicite. Le temps des fiançailles a précisément pour but de permettre aux futurs époux de s'étudier réciproquement, de voir, par la fréquentation qu'elles autorisent, si leur union future réunit toutes les conditions de bonheur et de durée. Ce serait précisément aller contre le but de cette institution que d'admettre la force obligatoire de la promesse, cette préparation au mariage implique nécessairement la faculté pour chacun de se retirer librement (1).

Si les futurs époux s'aperçoivent que la réalité ne répond pas aux apparences, il ne faut pas que la promesse qu'ils ont faite dans un moment d'ignorances puisse les enchaîner et tout engagement

(1) Huc, commentaire théorique et pratique du Code civil, t. II, n° 5.

pris à l'avance doit être interdit. C'est au moment où le contrat se forme, c'est-à-dire au moment de la célébration, que la volonté doit être exempte de toute contrainte, car c'est alors que les futurs époux se connaissent bien, c'est à cette heure seulement que le mariage va naître avec tous les effets qu'il comporte. Il y aurait immoralité à exiger cette union mal assortie en punissant le refus d'une sanction pécuniaire. Quant à dire que l'inefficacité de la promesse serait un encouragement à la séduction ne peut-on pas répondre : « le législateur ne favoriserait-il pas à son tour l'immoralité en déclarant obligatoire les promesses de mariage qu'il est si facile d'obtenir de la passion égarée? Ne prêterait-il pas son appui à de honteuses spéculations? S'il y a des séducteurs il y a aussi des séductrices. La loi devait veiller, autant que cela dépend d'elle, à ce que les fiancés restent libres et purs jusqu'au moment où leur union se célèbre c'est-à-dire qu'elle ne saurait donner sa sanction aux promesses de mariage. » (1)

L'argument a fortiori invoquée par l'opinion que nous combattons, et tiré de l'exemple des charges et conditions de se marier ajoutées à une disposition à titre gratuit n'est pas davantage concluant. La situation est bien différente et la restriction à la liberté du mariage ne se fait pas également sentir dans les deux cas, ils sont séparés par toute la différence

(1) Laurent, op. cit. n° 307.

qu'il y a entre la perte effective : c'est l'hypothèse de la promesse du mariage, et le manque de gain, qui résulte du refus de la disposition à titre gratuit. (1) Dans le second cas le libre arbitre reste à peu près intact, tandis qu'il est fortement atteint dans le premier. D'ailleurs il est naturel qu'on laisse au disposant une plus grande latitude pour les conditions qu'il veut mettre à sa libéralité, il aurait pu ne rien donner, et l'on comprend qu'il puisse contraindre moralement la liberté du bénéficiaire sauf à celui-ci de refuser le gain pour conserver cette liberté. Enfin si tout le monde admet le droit pour un testateur ou donateur d'imposer l'obligation au bénéficiaire de se marier d'une façon générale, sans lui dicter son choix, ni lui désigner la personne, le même accord est loin de régner entre les auteurs sur la validité de la condition d'épouser telle personne individuellement désignée par le disposant. Pour beaucoup c'est une condition contraire aux bonnes mœurs comme violant le grand principe de la liberté du mariage et comme tel tombant sous l'application de l'article 900 du Code civil. (2) Au-

(1) C'est ce que disent les lois romaines : autre chose est inviter quelqu'un à contracter mariage en lui en imposant la condition pour recueillir une donation, un legs ou une hérédité, autre chose est que quelqu'un s'ôte, par la crainte d'une peine, la liberté de contracter ou de ne pas contracter mariage ou de le contracter avec une autre personne. L. 71 § 1, D. de condit. et démonst. XXXV, 1.

(2) En ce sens Laurent, t. XI, n° 499. Cour royale de Corse, 2 juin 1828. Cass, rej. 13 mai 1813. Dalloz v°, dispositions entre vifs et testamentaires, n°s 136 et 141.

cun fondement ne peut donc être fait sur une solution aussi contestée.

Le principe de la liberté des conventions a été formellement reconnu dans tous les contrats par notre législateur. Cette liberté est indispensable pour la validité de la convention et toutes les fois que le consentement aura été vicié par une cause quelconque, erreur, dol, violence, une action en nullité sera donnée à la victime. Voilà le droit commun applicable à tous les contrats. Combien les raisons qui l'ont fait admettre sont-elles plus fortes dans la matière particulière du mariage à cause des conséquences si importantes qu'il va engendrer ! Il faut qu'au moment d'accomplir l'acte qui va les enchaîner pour toute leur vie, les futurs époux agissent avec réflexion, le consentement doit être spontanément donné à l'officier de l'état civil car si, plus tard, l'avenir ne réalisait pas les espérances, leurs regrets seront diminués à la pensée que c'est à eux seuls qu'en est la faute. Cette liberté doit être d'autant plus exigée que le mariage produit les conséquences les plus graves qui intéressent directement la société ; il est en effet le fondement de la famille qui est la base de la société, et cette base sera d'autant plus solide que le mariage aura été librement consenti. Comme ce consentement, aux termes de l'article 75 du Code civil, ne doit être donné qu'en présence de l'officier de l'état civil, au moment où le contrat se forme, il faut rejeter tout ce qui précède et aurait

pour but de le gêner. Tous les actes qui peuvent restreindre ou supprimer cette liberté et parmi eux ceux qui auraient pour effet de donner une force obligatoire aux promesses du mariage, doivent être considérés comme attentatoires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, les mariages forcés étant une source de désordre et d'immoralité. Si le législateur ne leur a pas donné cette qualification c'est qu'il n'a pas voulu, pour ne pas être incomplet, énumérer tous les actes contraires aux lois et aux bonnes mœurs; il a préféré laisser à l'interprète le soin de les déterminer suivant les circonstance et au juge le soin de les déclarer, eu égard au caractère du mariage et au but de ces promesses.

Cette doctrine qui soutient la nullité de la valeur juridique des promesses de mariage est celle qui est professé par la grande majorité des auteurs (1). Elle est aussi confirmée par un jurisprudence uniforme et aujourd'hui constante. Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 mai 1838. l'a fixée dans ce sens par des motifs qui méritent d'être rapportés : « Attendu, dit-elle, que l'arrêt attaqué, en décidant que toute promesse de mariage et nulle en soi comme portant atteinte à la liberté illimitée qui doit exister dans le mariage, n'a fait que proclamer

(1) En ce sens : Delvincourt, t, I, p. 127. — Vazeille, t. I, p. 19 et s. 207. — Demolombe : t. I, nos 28 et s. — Duranton, t. X. no 320. — Aubry et Rau, t. V, § 454, p. 33, texte et note 26. — Glasson, du consentement des époux au mariage, no 96. — Vidal op. cit. p. 43 et s. — Laurent t. II, nos 305 et s. —Huc, t. II, nos 5 et s.

un principe d'ordre public qui, soit avant, soit depuis la promulgation du Code civil a toujours été consacré par la jurisprudence, confirme..... » De même un arrêt de la Cour de Lyon, rendu dès le 18 décembre 1810, décide que « le mariage étant un acte libre, il s'ensuit que, jusque devant l'officier de l'état civil, les parties ont la faculté de se retracter, même après la rédaction du contrat sans s'exposer à des dommages-intérêts » (1). Telle est l'opinion à peu près universellement admise.

La conséquence directe de cette doctrine est la nullité de la clause pénale ajoutée à la promesse de mariage pour en garantir l'exécution. Ce n'est que l'application de l'article 1227 du Code civil ainsi conçu : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. » Il faut dire plus, et alors même que la promesse serait valable, déclarer la peine nulle car c'est elle surtout qui enchaînerait la liberté, et exposerait les futurs époux à des surprises regrettables pour l'honorabilité de leur union. Ce serait faire du mariage un marché d'argent dans lequel n'existerait aucune des garanties si minutieusement établies par la loi.

(1) Lyon, 18 déc. 1810. Cass. req. 17 août 1814, D. R. v° mariage n° 82, 3° et 5°. Cass. 30 mai 1838, S. 38, 1, 492 ; 11 juin 1838, D P. 38, 1, 269. — Riom, 11 août 1846, D. P. 46, 2, 179. — Caen, 6 mars 1850, D. P. 55, 5, 364,. — Douai 3 déc. 1853, D. P. 55, 2, 132. — Lyon, 4 juill. 1857, D. P. 58, 2, 3. — 10 juillet 1869, D. P. 70, 5, 290. — Trib. Montdidier 27 oct. 1892. — C. Paris 26 juin 1894. — C. Alger, 9 avril 1895, D. P. 95, 2, 320, — trib. Gien, 21 juin 1898, gaz. trib. 2e sem. 1898.

Cette solution s'impose d'autant mieux que l'article 1152, c. civ. enlève aux juges le pouvoir qu'ils avaient autrefois de réduire la peine lorsqu'elle leur paraissait exagérée. La menace de la clause pénale sera souvent suffisante pour supprimer le libre arbitre, la pensée du sacrifice pécuniaire fera accepter une union mal assortie comme un moindre mal et les conséquences en seront déplorables pour les époux et pour la société. La plupart du temps, la partie la plus confiante dans les bonnes apparences de l'union, sera victime de sa bonne foi. Dans la croyance que son mariage s'annonce dans les meilleures conditions et que tout concourt à éviter une rupture, elle aura consenti une peine, d'autant plus forte que sa conviction sera plus grande, et le jour où la situation sera changée sa liberté sera disparue. Il peut arriver aussi que le fiancé ait consenti cet engagement sous l'empire d'une violence morale qui vicie les contrats aussi bien que la violence physique. « Une personne sous l'empire de la séduction, dans le désordre d'une passion qui la subjuge toute entière, souscrirait à une clause pénale qui pourrait absorber sa fortune car les passions ne calculent point et elle se trouverait ainsi placée entre la nécessité de contracter une union qui lui répugne et la crainte d'être ruinée par une promesse téméraire » (1).

La jurisprudence a fait l'application de ces prin-

(1) Duranton, cours de droit français, tome X, n° 320.

cipes dans de nombreuses décisions (1) et il est curieux de voir les détours qui ont été pris pour éluder cette prohibition. Ici c'est sous forme de reconnaissance de dot. Il a été jugé à plusieurs reprises que la stipulation d'une somme ou d'une clause pénale en cas de dédit d'une promesse de mariage est illicite et nulle, bien qu'elle se trouve dans un contrat de mariage et sous forme de reconnaissance ou de quittance de dot (2). Là on a pris la forme du prêt : attendu, dit la Cour de Cassation, que le souscripteur lui-même d'un billet causé pour prêt est admissible à prouver par témoins que cette cause est simulée et que la cause réelle est illicite comme consistant en une promesse de mariage avec clause pénale..... (3) Ailleurs il est décidé (4) que l'acte par lequel un homme promet à une fille de l'épouser et s'engage, dans le cas où il contracterait un autre mariage, à lui payer une certaine somme, en ajoutant que, s'il vient à décéder avant d'être marié, cette même somme sera payée à cette fille par ses héritiers, ne peut, bien qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main de son auteur, être considéré comme un testament, qu'on ne doit y voir qu'une simple promesse de mariage avec

(1) Caen, 6 mars 1850. D. P. 55-5-364. — Douai, 3 déc. 1853, D. P. 55-2-132. — Lyon, 4 juill. 1857, D. P. 58-2-3 ; 10 juill. 1869, D. P. 70-5-290. Dijon, 10 févr. et 27 mai 1892 S. 92-2-197.

(2) Cass. 11 juin 1838, pandectes françaises V° mariage. Nîmes, 25 janvier 1839 S. 39-2-177.

(3) Cass. ch. réun., 7 mai 1836, D. R. V° mariage n° 90.

(4) Caen, 6 mars 1850, précité.

clause pénale, l'une et l'autre également nulles (5).

Voilà quelle est la valeur juridique de la promesse de mariage et de la stipulation de peine consentie par les fiancés eux-mêmes. Cette solution n'est pas modifiée lorsque ces actes sont intervenus entre les parents ou les tuteurs des deux futurs époux mineurs? Dans notre ancien droit les fiançailles étaient souvent conclues par les pères de famille; ce fut même une des causes du discrédit dont elles furent frappées à l'approche de la Révolution. Elles étaient en effet empreintes de cette autorité despotique dont été investi le chef de famille au moyen-âge et lorsque les idées d'émancipation se firent jour on les confondit avec celles qui étaient librement consenties par des parties capables et en âge

(5) Il a été jugé cependant que des billets remis en blanc pour garantir l'exécution d'une promesse de mariage, peuvent, après la rupture, être valablement endossés à titre de dédit et d'indemnité au profit de la personne à laquelle on avait promis mariage. Douai, 5 mai 1839. —V° mariage. — Il a été décidé pareillement que dans le cas ou le mariage contracté à l'étranger par deux individus, a été annulé pour inaccomplissement d'une formalité substantielle, sur la demande des parents de l'époux, l'acte par lequel ce dernier constitue sur la tête de la femme une rente, mais avec le concours de ces circonstances qu'on trouve dans l'acte même, à savoir que la position précaire de l'épouse réclame, de la part de l'époux, la confirmation de leurs engagements qu'ils regardent comme sacrés, que la rente doit cesser lorsque l'époux aura contracté un mariage valable comme il en a le désir, avec l'épouse; un pareil acte a pu être considéré comme ayant pour cause réelle, non pas une promesse de mariage déguisée avec clause pénale illicite, mais bien la réparation du préjudice causé sans que l'arrêt qui le décide ainsi par interprétation des conventions et ordonne, par suite, l'exécution du contrat, soit sujet à la censure de la Cour de Cassation. Cass. réq. 5 mars 1838. — D. R. V° mariage.

de comprendre ce qu'elles faisaient. Leur caractère était cependant bien différent et leur but souvent étranger au bonheur de l'union projetée ! Combien de parents sacrifiaient l'avenir de leurs enfants à des intérêts politiques ou à leur intérêt personnel ! Dès le XVI^e^ siècle les nobles quittent leurs terres et vont à la Cour. Là, les fortunes sombraient rapidement, il fallait cependant soutenir « la splendeur du nom », il ne fallait pas que l'éclat du blason fut terni. Le moyen se trouvait dans les fiançailles ainsi conclues. Pour relever son prestige, la famille noble fiançait le fils en bas âge avec une riche roturière. Et lorsque les enfants atteignaient la puberté, la crainte révérentielle que leur inspirait leurs parents leur faisait ratifier l'union qu'ils avaient conclue pour eux plutôt que de s'exposer à leurs reproches et à leur sévérité. Quant aux tuteurs, les fiançailles de leurs pupilles étaient souvent pour eux une affaire lucrative, une source de revenus, dans laquelle la liberté du mariage était méconnue. Aujourd'hui ces sortes de promesses n'ont plus les mêmes raisons d'être et sont très rares comme en témoigne la rareté des décisions judiciaires sur ce sujet.

A propos de la validité de la convention faite par deux pères de famille de marier leurs enfants mineurs lorsqu'ils auront atteint l'âge de puberté, Toullier fait une distinction. D'après les principes que lui ont fait admettre la force obligatoire des promesses de mariage, il décide que si la peine stipulée lors de la convention est stipulée contre

celui des deux pères qui s'opposerait au mariage en refusant son consentement, la convention et la peine sont valables, car loin d'être contraires au mariage, elles ne font que le favoriser. Mais si la peine était stipulée pour le cas où l'un des enfants refuserait d'accomplir le mariage, elle ne serait plus valable car elle tendrait alors à entraver la liberté du mariage. Le père serait personnellement intéressé à son accomplissement et pourrait abuser de sa puissance pour contraindre la volonté de son enfant. (1)

Cette distinction est inutile, et il faut admettre avec tous les auteurs (2) que la convention est nulle dans tous les cas. La loi en permettant au père de faire opposition au mariage de son fils et en faisant de son consentement une condition indispensable à la validité de cette union, n'a pas voulu lui conférer un droit sans utilité et dont l'exercice pût même être nuisible à l'intérêt de son fils. Elle a voulu qu'il fut le protecteur de son enfant et qu'il eut pour cela une entière liberté d'examen et de détermination pour accorder ou refuser son consentement s'il pense que le mariage qu'il avait d'abord agréé fera le malheur de son enfant. Il ne peut pas renoncer d'avance à cette importante mission, ni s'interdire directement ou indirectement les moyens de l'exer-

(1) Toullier, op. cit., t. VI, n° 303.

(2) En ce sens : Demolombe, t. III, n° 32, Duranton, t. X, n° 319. — Larombière, théorie et pratique des obligations, sur l'art. 1227.

cer, l'ordre public y est lui-même intéressé. Il faut donc rejeter ici toutes les conventions qui auraient pour effet d'entraver la liberté du consentement du père ou de la mère comme nous l'avons fait à propos de celui des contractants eux-mêmes. La jurisprudence a fait l'application de ces principes et il a été jugé par la Cour de Paris et le tribunal d'Oran que le père de famille peut jusqu'à la dernière heure retirer son consentement sans même devoir en alléguer les motifs (1).

(1) Paris 16 déc. 1874, S 75, 2, 112.— Oran, 7 mai 1894, gaz. pal. 8 sept 1894. — Alger, 9 avril 1895, S 96, 2, 79.

Effets de la rupture des promesses de mariage vis-à-vis des personnes.

Nous venons d'établir l'absence de toute valeur juridique des promesses de mariage. Elles n'ont aucune existence légale et notre loi positive ne les reconnait pas. Notre législateur raye la matière qui nous occupe de son livre et la laisse régie par les grands principes qui nous conduisent à cette solution. C'est donc dans le domaine de la morale seule que l'obligation produira ses effets. Nulle en droit, elle se réduit à simple engagement d'honneur qui n'a pour juge que celui de conscience. Si le fiancé ne tient pas sa parole, l'autre partie n'aura à sa disposition aucun moyen donné par la loi pour le contraindre à remplir sa promesse. A plus fort raison aussi, nous l'avons déjà vu, doit-on lui refuser le droit de former opposition au mariage que voudrait contracter le fiancé infidèle. Cet effet que notre ancienne législation attribuait

aux fiançailles est formellement supprimé par les termes restrictifs de l'article 172 du Code civil qui ne le permet qu'à la personne engagée par mariage avec l'une des deux parties contractantes.

Des principes que nous avons exposés il résulte aussi que, en cas de rupture, la partie qui se dédit ne doit encourir aucune responsabilité pécuniaire résultant de l'inexécution de sa promesse. Ne s'étant pas obligée, on ne peut rien lui réclamer pour l'inexécution d'une promesse qui n'existe pas. C'est la conséquence fatale de la nullité de la promesse de mariage.

Mais faut-il aller plus loin encore et admettre dans toutes ses conséquences l'application de la théorie émise par la doctrine et la jurisprudence? Le droit au dédit est la suite nécessaire du principe de la liberté du consentement au mariage mais faut-il décider que le fiancé qui manque à sa parole ne doit fournir aucune compensation, pour réparer le préjudice qui peut résulter de son changement de volonté? Le fait d'accepter une union entraîne toujours des dépenses souvent considérables pour l'installation du futur ménage. D'autre part il résulte de la rupture un préjudice moral à l'encontre du fiancé abandonné à raison de l'atteinte portée à son honneur par les fréquentations et les assiduités dont il a été l'objet, et qui peut rendre son établissement plus difficile. Faut-il appliquer rigoureusement les principes que nous avons établis et dire qu'il n'y a pas lieu de

prononcer une condamnation à des dommages-intérêts ? Telle est, semble-t-il, la solution commandée à la fois, par les règles qui régissent la formation du mariage et par le but même de l'institution que nous étudions.

Une jurisprudence constante, soutenue par la presque totalité des auteurs, n'a pas admis cette manière de voir. Les juges fréquemment saisis, obéissant sans doute à des considérations d'équité et à un sentiment de compassion bien légitime pour la situation malheureuse de la partie abandonnée, lui ont accordé des dommages-intérêts toutes les fois qu'ils l'ont pû. C'est que, au premier abord, il semble qu'il y a là une source certaine de responsabilité pour la partie qui ne tient pas sa parole. Sur la foi de cette promesse, des frais ont été faits, des achats effectués, de même l'abandon unilatéral d'un projet d'union, occasionnera un préjudice moral, toutes choses qui, par cela même qu'elles constituent un préjudice imputable à l'une des parties, la met dans l'obligation de le réparer.

Avant d'entrer plus avant dans l'étude du fondement des dommages-intérêts, il faut délimiter la question pour arriver à préciser l'hypothèse qui donne lieu à discussion. Le préjudice qu'il s'agit de réparer et qui est né à la suite de promesses de mariages peut avoir deux causes et chacune d'elle donne naissance à une hypothèse distincte.

Il peut se faire d'abord que la promesse de mariage ou la rupture de cette promesse soit précédée

accompagnée ou suivie de faits illicites. Parmi eux on peut citer le cas du fiancé qui aurait accompagné la signification de sa rupture d'épithètes injurieuses pour la personne abandonnée ou qui aurait répandu dans le public des imputations diffamatoires sur le compte de celle-ci. Il en serait de même si la promesse du mariage n'avait servi que de moyen pour arriver à entretenir des relations illicites, lorsque par exemple, dans des lettres, l'auteur de la promesse à reconnu n'avoir triomphé de la résistance de la jeune fille qu'en lui promettant de l'épouser. (1) Mais dans le cas contraire il n'y aura pas lieu à dommages-intérêts, lorsque par exemple la promesse n'aura été faite qu'à la suite des relations illicites et sera leur conséquence car il n'y a alors aucun fait illicite. (2) De même encore il a été jugé que: commet une escroquerie celui qui, simulant l'intention d'épouser une jeune fille et faisant publier les bans à l'église, se fait remettre par le père de celle-ci, à titre de prêt, une somme qu'il emploie à son profit sachant qu'il ne peut la rendre. (3)

Enfin un abus de confiance peut avoir été commis par la partie qui ne célèbre le mariage qu'à

(1) Metz 20 avril 1866, S. 66, 2, 176, Aix 7 juin 1869, D. P. 71, 1, 52. Paris 14 février 1877, D. P. 77, 2, 96. Montdidier 27 octobre 1892, journ. aud. Amiens 1893, p. 49. Trib. Mâcon 5 février 1895, le Droit du 15 mars 1895.

(2) Epernay 8 déc. 1892, gaz., pal. 93, 1, supp. 9. Alger 9 avril 1895. D. P. 95, 2, 320. Gien 21 juin 1898, gaz., trib. 2e sem. 1898.

(3) Paris 12 avril 1866, bull, arr. Paris 1866, p. 219.

l'église seulement. (1) Dans toutes ces hypothèses la responsabilité est indéniable et sera la conséquence non pas de la rupture de la promesse de mariage, mais des faits illicites qui sont de véritables délits donnant droit à une réparation.

D'autre part il est admis par tout le monde que s'il existe un juste motif de rupture la partie délaissée n'a droit à aucune réparation pécuniaire. C'est un droit indiscutable pour chacun des fiancés de se dégager lorsque les conditions dans lesquelles ils ont promis le mariage viennent à changer et nul ne peut être contraint de rester engagé dans des liens qu'il n'aurait pas acceptés s'il avait pu prévoir le changement qui les modifie. Nous verrons, à cet égard, en étudiant les conditions d'application de dommages-intérêts que la jurisprudence se montre, avec raison, très large pour l'admission de ces motifs.

La question de savoir si la partie délaissée à le droit d'obtenir à son profit une condamnation à des dommages-intérêts ne se pose donc que dans le cas où aucun sujet de dédit n'apparait et où la rupture semble résulter d'un pur caprice ou d'une mobilité fâcheuse de caractère, la situation morale et pécuniaire des deux futurs époux et de leur famille n'étant pas changée.

Dans cette hypothèse, la jurisprudence et les auteurs se sont prononcés d'une façon presque una-

(1) Bastia, 3 février 1834, S. 34-2-335. — Alger 29 juillet 1875, rec. jur. Alger, t. 17, p. 165,

nime en faveur du fiancé malheureux et lui ont accordé dans une large mesure des dommages-intérêts. Mais il a fallu pour cela chercher un terrain de conciliation entre cette responsabilité civile et la nullité juridique de la promesse de mariage. On a cru le trouver dans l'application des articles 1382 et 1383 du code civil. Ce n'est plus en vertu de l'article 1142, pour inexécution de la promesse que ces dommages-intérêts seront accordés, mais en vertu du délit ou du quasi-délit civil prévus aux articles précités, consistant soit dans une faute, soit dans une négligence ou une légèreté ayant porté préjudice à autrui. Si, la faute ou l'imprudece, dit-on, se rencontrent dans notre matière comme dans les autres, on se trouve en présence du principe formulé par les articles précédents auxquels le législateur n'apporte aucune exception en faveur du mariage, et la règle générale doit s'appliquer ici comme ailleurs. « C'est même là une des applications les plus naturelles et les plus légitimes de notre article 1382 » disent Demolombe et la cour de cassation dans un arrêt du 16 janvier 1877 (1). Or dans les préliminaires du mariage ou dans la rupture du projet une faute est possible. Elle consiste à induire une personne et même une famille en dépenses considérables et à les rendre ensuite inutiles et vaines. Elle consistera encore dans l'atteinte qui est portée à la réputation et à l'honneur

(1) Cass. 16 janv. 1877, S. 77-1-165. — Demolombe t. I, n° 28.

par la brusque rupture, il en restera toujours, malgré l'absence de motifs, souvent même à cause de cette absence, des traces fâcheuses dans l'opinion publique qui peuvent se traduire par un véritable préjudice. La faute ou tout au moins l'imprudence sera évidente lorsque la rupture et les conséquences qui la suivent, seront le résultat d'un caprice, seront dues à l'inconstance, à l'hésitation ou à une faiblesse de caractère. Il y a une négligence, une insouciance, une apathie répréhensibles qui ont fait que quelqu'un s'est trouvé engagé dans une promesse de mariage, parceque l'autre partie n'avait pas su prendre une décision définitive, ou ne l'avait prise qu'avec une légèreté inconcevable. « Ainsi, la promesse a été faite sans réflexion, avec une légèreté qu'on ne pouvait soupçonner chez celui qui en est l'auteur, elle s'accentue, se caractérise par des démarches significatives, elle se formule dans un contrat notarié, dans des stipulations spéciales, puis, quand la publicité lui a été donnée, quand les préparatifs ont été faits faits des deux parts, la promesse est rompue brusquement, sans motifs, avec la même légèreté que le jour ou elle a été faite ! »(1). N'y a-t-il pas dans cette promesse et cette rupture, la faute de l'article 1382 on l'imprudence de l'article 1383 ?. Et qu'on ne dise pas que la partie qui a ainsi rompu n'a fait qu'exercer son droit ! Le droit consiste à se dédire lorsque on en a de justes motifs,

(1) Rapport de M. le conseiller Onofrio dans l'arrêt du 16 janvier 1877, précité.

ici au contraire,on casse sans raison un engagement qui, bien que moral et d'honneur, a entraîné un préjudice pécuniaire et moral. Il y a ici délit ou quasi-délit dont l'auteur est responsable. Il n'est pas permis davantage d'objecter que cette réparation constituerait une atteinte à la liberté du mariage. Les promettants sont libres en ce sens qu'ils ne peuvent être contraints au mariage ni directement ni même indirectement par des clauses pénales et des indemnités convenues d'avance. Ce droit absolu de dédit que conserve chaque fiancé, a été formellement consacré par la jurisprudence qui décide qu'à lui seul il ne peut servir de base à une responsabilité civile « attendu dit la cour de Cassation, que le seul fait de l'inexécution d'un mariage projeté ne peut, par lui même, motiver une condamnation à des dommages-intérêts, puisque ce serait sous une nouvelle forme porter atteinte à la liberté du mariage ; que c'est néanmoins sur ce seul fondement que l'arrêt attaqué a prononcé la condamnation de dommages-intérêts dont il s'agit, en quoi ledit arrêt à expressément violé la loi.... casse » (1). Nous avons vu que c'était la conséquence naturelle de la nullité de la promesse de mariage. Mais, à côté de ce droit incontestable, il faut admettre que les fiancés ne sont pas libres de rompre ces promesses à la légère, sans réflexion et sans motifs de se dégager la veille peut-être de la célébration, au moment ou il ne

(1) Cass. 11 juin 1838, D. P. 38-1-269.

manque plus à la réalisation du projet qu'un dernier consentement, annoncé, répété et qui a été la raison d'être de toutes les fiançailles, alors surtout que cette rupture entraîne les conséquences fâcheuses que nous connaissons.

Telle est la doctrine enseignée par la grande majorité des auteurs (1) et par la jurisprudence dans un arrêt, devenu classique, rendu par la Chambre civile de la Cour de Cassation, le 30 mai 1838: « Attendu, dit-elle, que, sans porter atteinte à ce principe (en vertu duquel la promesse de mariage est nulle en soi comme portant à la liberté illimitée du consentement au mariage), l'arrêt attaqué a pu décider que l'exécution de semblables promesses pouvait, dans certaines circonstances, donner lieu à des actions en dommages-intérêts, lorsque cette inexécution aurait causé un préjudice réel parce que, dans ce cas, l'action en dommages-intérêts ne prend pas sa source dans la validité de la promesse de mariage mais dans le fait du préjudice causé et l'obligation imposée par la loi de la réparer..... rejette. » La Cour de Bordeaux dans un arrêt du 1er décembre 1900, réduit à 30.000 francs la condamnation qui avait été évaluée à 50.000 par les juges de première instance. (2)

(1) En ce sens : Delvincourt, t. I., note 5 sur la page 65. — Vazeille, t. I. p. 191 et s. — Demolombe, t. III nos 28 et s. — Glasson, du consent. des époux au mariage, n° 99. — Laurent, t. II, n° 308. — Vidal, op. cit. p. 51 et s. — Bugnet, sur Pothier, t. VI, p. 22, note 2.

(2) Cass. 30 mai 1838, S. 38-1-492. Bordeaux 1er déc. 1900, le relèvement social de ce jour. — C. de Paris, 26

Bien que les tribunaux se montrent assez larges pour accepter comme justes motifs de dédit les faits qui sont soumis à leur appréciation et que d'autre part il ait été jugé à maintes reprises que les demandes en dommages-intérêts dans notre matière ne doivent être accueillies qu'avec une extrême réserve par les juges pour ne pas gêner la pleine liberté des futurs époux et parce que la possibilité d'un changement de volonté doit entrer jusqu'à la célébration même du mariage dans la prévision des parties (1), la théorie de la jurisprudence que nous venons d'exposer ne nous paraît pas cependant en harmonie avec la nullité de la valeur juridique des promesses de mariage. Dans le silence du Code, et pour appliquer logiquement les règles qui sont la conséquence des principes que nous avons posés, il ne faut pas condamner le fiancé qui se dédit à réparer, sous forme d'une condamnation pécuniaire, le préjudice qu'il a pu occasionner, il faut admettre pour lui le droit de se dégager sans encourir aucune responsabilité.

En effet nous avons établi l'absence de toute valeur juridique, l'inexistence légale, qu'ont dans notre droit les promesses de mariage. Comme on

juin 1894. — Alger, 9 avril 1895. D. P. 95-2-320. — Charleville, 8 février 1900, gaz. pal. 17 mai 1900. — Bordeaux, 8 mai 1900, rec. arr. Bordeaux 1900, p. 342. — Riom, 27 juin 1900, rec. arr. Riom 1900, p. 321. — Bourges. 7 nov. 1900, gaz. trib. 1900.

(1) Trib. Villefranche, 16 juin 1881, monit. jud. Lyon du 19 sept. 1881.

le faisait remarquer dans le pourvoi qui a motivé le célèbre arrêt de rejet du 16 janvier 1877 (1), sur un rapport de M. le conseiller Onofrio il est bien difficile de concilier le principe de la condamnation résultant d'une simple rupture même non justifiée avec le principe de la nullité de la convention première. On invoque il est vrai l'idée de faute et l'on dit que le fiancé a engagé sa responsabilité et qu'en rompant il occasionne un préjudice qu'il est tenu de réparer. Mais, de l'avis unanime de tous les auteurs et de la jurisprudence, pour que le délit existe et pour que la réparation en soit dûe il ne suffit pas qu'il y ait eu préjudice, il faut encore que l'auteur ait été en faute, qu'il ait eu l'intention de nuire. Or tel n'est pas le cas. Nous sommes dans l'hypothèse ou il n'y a eu aucune manœuvre frauduleuse qui soit venue altérer la loyauté du contrat, la rupture n'est due qu'à un changement de volonté, à un pur caprice même si l'on veut et il certain que ce changement de volonté est licite ; il ne peut pas être assimilé au délit ou au quasi délit entrainant une responsabilité pécuniaire dont parle la loi. La promesse de mariage est en effet par elle même,non seulement inefficace mais encore inexistante légalement, c'est une convention qui n'oblige que la conscience et au point de vue de la loi civile elle pourrait être assimilée à l'obligation faite sous condition purement potestative, si voluero, c'est-à-dire

(1) Cass. 16 janvier 1877, précité.

réprouvée comme telle par l'article 1174 de notre Code. La convention passée entre les fiancés se réduit en réalité à une promesse de s'épouser plus tard, à une époque qui sera fixée, mais si cela leur convient encore à ce moment.

Dès lors puisque rien ne les lie, rien ne les empêche aussi de se dégager, même par pur caprice, sans avoir à justifier d'aucun motif si telle est leur volonté. Puisque la loi ne reconnait pas l'obligation principale, comment reconnaitrait-elle la faute dans l'inexécution et la résolution de ce contrat? Bien plus elle consacre d'une façon formelle ce droit absolu de rupture et fait de la liberté du consentement dont il est une condition, la base de la validité du mariage. Jusque devant l'officier de l'état civil, dit-elle, la volonté des futurs époux ne doit subir aucune espèce de contrainte, jusqu'au dernier moment ils sont libres de changer d'avis et rien ne peut leur enlever ce droit, parfaitement égal d'ailleurs de part et d'autre. Eux-mêmes ne pourraient pas y renoncer à l'avance ou l'entraver d'une façon quelconque. Comment alors voir une faute dans l'exercice d'un droit si haut proclamé par notre loi? Le fiancé qui se dédit ne fait qu'user de son droit strict et par suite ne peut commettre aucune faute civile répréhensible ni léser le droit des autres: neminem lædit qui suo jure utitur.

Mais, ajoute-t-on dans l'opinion adverse, l'article 1383 étend l'obligation de réparer le préjudice non seulement à celui qui a commis une faute mais à

celui qui est coupable d'une imprudence, d'une négligence ou d'une légèreté. N'est-ce pas la situation dans laquelle nous nons trouvons lorsque le fiancé reprend sa parole sans vouloir donner de motifs sérieux à sa conduite ? N'y a-t-il pas dans ce fait essentiellement préjudiciable, la faute, la négligence, la légèreté dont parle notre loi ? Il nous semble que c'est renverser les rôles, c'est admettre a priori que les promesses de mariage sont obligatoires et que l'auteur d'une rupture est par cela même coupable. Ce serait en réalité présumer la faute dans une matière qui la repousse le plus. Le fiancé qui rompt son engagement n'a aucun motif à fournir, le législateur lui a donné un droit absolu dont il use peut-être avec un peu de rigueur, mais dont on ne peut lui faire aucun reproche, qui ne peut entrainer aucune responsabilité. Comment d'ailleurs l'apprécier sainement ? « Comment les juges, s'écrie M. Huc, peuvent-ils substituer ainsi leur appréciation personnelle à celle de l'intéressé et lui faire grief de s'être dérobé sans donner de motifs ? Mais il n'y a pas de motifs à donner, et cette jurisprudence provoque la réponse faite par ce Romain que l'on blâmait de vouloir répudier une femme irréprochable : « Moi seul puis savoir où mon soulier me blesse. »(1) Personne en effet n'a été admis dans l'intimité des confidences des jeunes gens. Quel sera l'appréciateur éclairé et impartial des griefs qu'ils peuvent

(1) Huc, op. ci. t. II, n° 6.

avoir l'un contre ou seulement de l'intention qu'ils ont eue lorsqu'ils se sont fréquentés? Le juge le plus souvent ne pourra se décider que sur des témoignages intéressés à modifier la situation réciproque des parties. Enfin ne vaut il pas mieux,dans l'intérêt bien entendu de l'une et de l'autre, préferer ce silence à une explication en public? Si le jeune homme par exemple a de justes sujets de se dédire, c'est l'obliger à les divilguer au grand jour de l'audience. C'est le mettre dans l'alternative de porter parses paroles un tort peut-être très grave à la réputation de la jeune fille ou de sa famille, ou de passer pour un homme qui a manqué de générosité, de délicatesse,de caractère.Son choix sera d'autant moins libre que sa fortune y sera interessée. Ce sera augmenter le scandale que l'on veut justement éviter. Même si l'on admettait que le fiancé a été imprudent, il faudrait décider que la preuve en incombe au demandeur et que par suite ce fiancé n'a commis aucune faute en rompant sans donner le motif.

Et puis, ne peut-on pas dire que l'autre partie s'est aussi rendue coupable d'une grave imprudence et que s'il y a eu préjudice: c'est à elle qu'elle le doit? Elle savait que la promesse qui lui a été faite n'a aucune valeur devant la loi, que la rupture est toujours imminente, elle savait donc à quoi elle s'exposait en faisant des dépenses exagérées ou trop précipitées et si aujourd'hui elle éprouve un préjudice, elle devait le prévoir, elle n'en a pas tenu compte, c'est qu'elle acceptait d'avance à ses ris-

ques et périls l'état des choses dont elle se plaint. Son fiancé pourra lui répondre : volenti non fit injuria. Cette précipitation dans les préliminaires du mariage sera quelquefois l'indice d'une union longtemps recherchée et qu'on s'est hâté de conclure pour éviter les retours fâcheux d'une volonté aveuglée ou d'une réflexion plus sage.

Enfin l'obligation de payer des dommages-intéintérêts dans dans notre hypothèse arriverait à rendre obligatoire la promesse de mariage. Nous avons vu l'unanimité des auteurs se fonder sur le grand principe de la liberté qui doit présider au mariage pour refuser au fiancé abandonné l'action en dommages-intérêts de l'article 1142 ; la même raison n'existe-t-elle pas pour écarter l'application de l'article 1382 ? En punissant le dédit pur et simple, on entrave la liberté des contractants que la loi veut entière par la menace de la réparation pécuniaire. La volonté du fiancé sera aussi bien contrainte dans le cas où les dommages-intérêts auront pour base le délit, que dans le cas où ils auront le contrat pour fondement. Que la réparation soit contractuelle ou délictuelle, la même atteinte sera faite à ses intérêts pécuniaires.

Telle est la solution dictée par les principes. Les articles 1382 et 1383 ne peuvent trouver ici leur application car deux conditions sont nécessaires : le préjudice causé à autrui ne suffit pas, il faut en outre, la faute ou l'imprudence et ce deuxième élément fait défaut dans notre hypothèse. La simple

rupture, dûe à un changement de volonté, exempte de toute intention de nuire, ne doit donc pas engager la responsabilité de son auteur. Si l'opinion que nous combattons peut puiser ses décisions dans des considérations d'équité, pour venir en aide à la situation très fâcheuse, il faut le reconnaitre, du fiancé délaissé qui a fait des dépenses et éprouvé un dommage, elle n'en est pas moins inconciliable avec les règles qui régissent notre matière.

La législation romaine se montrait plus logique ; déniant tout caractère obligatoire à la promesse de mariage elle refusait toute réparation pécuniaire. Cette doctrine a été approuvée par quelques tribunaux (1).

Néanmoins en présence de l'unanimité que nous présente la jurisprudence il nous faut examiner ce que comprend cette réparation et les conditions de son application.

Le principe adopté conformément au droit commun est que la réparation doit être aussi adéquate que possible au dommage éprouvé.

En ce qui concerne le préjudice matériel, on décide qu'il doit être intégralement réparé, car il constitue une perte réelle ; il est en outre facilement appréciable et en général peu important. Pour certains auteurs (2) c'est même le seul dommage qui

(1) Lyon, 18 déc. 1810, précité. Gand 19 juin 1835, D. R. v°, mariage, n° 84. — Aix, 23 févr. 1865, S. 66, 2, 28.

(2) Duranton, op. cit. t. X, n° 321. — Huc, op. cit. t. II, n° 7.

mérite d'être compensé. M. Huc voit dans ce cas pour le justifier une sorte de condictio causa data, causa non secuta et c'est dans ce sens que la difficulté a été tranchée par le Code italien.

Il ne faut pas cependant qu'on puisse reprocher au demandeur d'avoir agi avec trop de précipitation ou de légèreté ; dans ce cas les dépenses devraient rester à son compte car elles lui sont imputables. C'est ainsi par exemple que le prix de la location d'appartements en vue du futur ménage ne devra pas être compris dans l'indemnité due par le fiancé qui s'est dédit si cette location a été trop hâtive et a précédé la publication des bans et la signature du contrat de mariage (1). Le seul dommage matériel qui doive être réparé est celui qui résulte de dépenses se rattachant directement et nécessairement à l'union projetée. Il varie avec les espèces, on ne peut qu'en citer les exemples. Ce sera le prix de la location d'un appartement, les dépenses faites pour l'ameublement (2), la prise à bail d'un immeuble rural, les frais et coût du contrat, les frais de dispenses, de publications.

Seront encore comprises dans l'évaluation du dommage matériel, les renonciations à un avantage ou à une situation acquise, faites à l'instigation du futur époux. Ainsi, l'un des fiancés, sur les sollicitations de l'autre, a cédé à des cohéritiers sa part

(1) Trib. Lyon, 6 janv. 1866, D. P. 69, 3, 20.
(2) Paris, 16 déc. 1874, S. 75, 2, 112. — Dijon, 26 mars 1881, France judiciaire 1880-1881, 2, 489.

dans une succession ouverte à son profit (1), ou bien a abandonné un commerce avantageux (2), ou bien encore a quitté la place qu'il avait dans une maison de commerce ou s'est démis d'une charge ou emploi public (3), ou enfin a manqué un mariage avantageux par le fait de celui qui refuse de contracter le deuxième (4). Il est permis de se demander si ces préjudices sont la suite directe de la promesse et s'ils doivent compter dans la réparation pécuniaire.

Mais si les dépenses faites ne se rattachent que plus ou moins indirectement au projet de mariage et ne présentent pas un caractère de nécessité évidente, il ne devra pas en être tenu compte. On peut faire rentrer dans cette catégorie : les frais de voyages et d'hôtels faits soit pour la négociation du mariage, soit pour rendre visite seulement au futur conjoint, les achats de bonbons et de fleurs à la fiancée, les achats d'habits de cérémonie et de toilettes aux parents (5). Dans tous ces cas la jurisprudence, pour justifier sa solution, dit que ces dépenses ont pour cause, la fantaisie ou les convenances personnelles du demandeur, et en admettant même qu'on puisse les considérer comme faisant partie des pré-

(1) Lyon, 14 déc. 1832, D. P. 34-2-10
(2) Nimes, 17 mai 1883, S. 83-2-95. — Dijon, 10 févr. et 27 mai 1892, S. 92-2-197.
(3) Trib. Lyon, 5 juill. 1892, monit. jud. Lyon du 29 juill. 1892.
(4) Trib. Lyon, 20 févr. 1880, précité.
(5) Alger, 9 avril 1895, S. 96-2-79.

liminaires obligés de tout mariage, elles ont été faites uniquement dans l'intérêt de la personne qui se prétend lésée.

La question s'est montrée plus douteuse sur le point de savoir si le préjudice moral donnait droit à une réparation pécuniaire. On entend par préjudice moral ce que Pothier appelle « un affront », c'est-à-dire l'atteinte qui est portée à l'honneur d'une personne, à sa réputation, à la considération dont elle jouit, et qui est le résultat d'une brusque rupture demeurée sans explication. Nous ne voulons pas parler bien entendu du préjudice purement moral relatif aux blessures faites à l'amour propre, au cœur, aux sentiments de l'un des futurs époux qui voit ses illusions et ses espérances de bonheur détruites. Il est évident qu'un tel genre de préjudice, dit la jurisprudence, est d'abord impossible à évaluer, et ensuite ce n'est pas avec de l'argent qu'on pourra le faire disparaître. Ne faudrait-il pas cependant, pour être logique, accorder des dommages-intérêts même dans ce cas ? Dans le cas d'adultère, la loi accorde non seulement cette satisfaction, mais autorise en outre des poursuites correctionnelles. La situation n'est-elle pas identique ici ? Pour la jurisprudence il s'agit de réparer un dommage qui, bien que non apparent et indéterminé, sera le plus souvent très réel. Il se traduira par un obstacle, une difficulté plus grande et peut-être même une impossibilité à contracter de nouveaux liens. A la suite d'une rupture inexpliquée

la malignité publique est aussitôt mise en éveil, les commentaires les plus divers se donnent libre cours, et les imaginations luttent d'habileté pour trouver des motifs justifiant la situation qui est faite au fiancé malheureux. L'explication sera si facile lorsque il y aura inégalité de fortune ou de condition !

A l'origine on avait nié que le simple préjudice moral pût servir de base à une réparation pécuniaire à cause de la difficulté à laquelle on se heurte pour le mesurer exactement (1). L'évaluation en sera très arbitraire, l'estimation laissée à la seule appréciation du juge et par suite sans mesure et sans limites. « Quel tarif en effet, dit Demolombe, (2) pouvez-vous avoir pour apprécier le degré de tort et de déconsidération que les assiduités d'un prétendant auront causés à la femme, à la jeune fille, ou que le refus de celle-ci aura causé au futur éconduit ? » N'est-ce pas enfin, dans le cas où aucun préjudice matériel n'existe, donner un effet obligatoire à la promesse de mariage considérée en elle-même ? Chaque fois qu'un projet d'union est rompu la malignité publique est éveillée, et l'on peut invoquer ce préjudice dans toutes les espèces.

Malgré ces raisons l'opinion contraire est aujour-

(1) Toulouse, 13 mai 1842. — D. R. V° mariage n° 89. — Riom, 11 août 1846. D. P. 46-2-179. — Aix, 23 févr. 1865, S. 66-2-28.

(2) Demolombe, op. cit. t. III, n° 30. — Huc, op. cit. n° 6.

d'hui admise en doctrine (1) et en jurisprudence (2). En effet, dit-on, puisque nos lois pénales répriment l'atteinte portée à la réputation et à l'honneur des personnes, à plus forte raison faut-il donner une action civile à la victime de cette atteinte, l'article 1382 du Code civil le consacre expressement en cas de faute et l'article 1383 en cas de simple imprudence. Cette solution se justifie d'autant mieux que le préjudice moral se réduit toujours à un préjudice matériel dans un avenir plus ou moins éloigné. Le principe est donc certain, peu importe que l'appréciation du dommage soit difficile et incertaine, peu importe les circonstances dans lesquelles il s'est produit. Le juge cependant devra se montrer prudent et déterminer autant que possible l'atteinte exacte qui a été portée à la considération. C'est ainsi qu'il a été jugé que le préjudice moral était plus grave lorsque la rupture émanait du jeune homme que lorsqu'elle était le fait de la jeune fille (3). Mais il est évident que le fiancé peut demander une réparation aussi bien que la fiancée le pourrait elle-même ; leurs droits sont identiques de part et d'autre (4).

(1) En ce sens Demolombe, op. cit. t. III, n° 30. Glasson op. cit. n° 100. — Laurent, t. II, n° 308.

(2) Troyes, 7 déc. 1881, gaz. pal. 82-1-157 — Gray, 12 janv. 1886, rev. not. n° 7483. — Gand, 28 déc. 1887, gaz. pal. 88-2, suppl. 42. — Avallon, 18 janv. 1888, ibid. — Apt, 11 juin 1888, ibid. — Amiens, 5 déc. 1889, journ. and. Amiens 1890, p. 58. — Oran, 7 mai 1894, la Loi du 23 octobre 1894.

(3) Toulouse, 8 mars 1827, D. P. 29-2-16.

(4) Toulouse, 29 mars 1889, la Loi du 2 août 1889.

La question du préjudice moral se traduit le plus souvent devant les tribunaux sous forme d'une action fondée sur la grossesse de la fiancée, postérieure à la promesse de mariage. C'est en effet un dommage qui atteint la jeune fille dans son honneur et dans sa réputation et aussi dans ses intérêts pécuniaires par les frais que nécessiteront la nourriture et l'éducation de l'enfant.

En supposant admis, avec la jurisprudence, le droit pour la partie délaissée, d'obtenir la réparation du préjudice éprouvé, faut-il tenir compte de ce nouvel élément dans la condamnation aux dommages-intérêts ? En un mot la mère peut-elle invoquer sa grossesse à l'encontre du fiancé infidèle ? Ce qui fait naître le doute sur l'application des articles 1382 et 1383, c'est la prohibition générale édictée par l'article 340 du Code civil : « La recherche de la paternité est interdite. » Comment concilier en droit strict cette disposition avec l'idée d'une réparation pécuniaire fondée sur la faute commise par l'auteur de la grossesse ? En fait et en équité, les considérations qui militent en faveur de la femme séduite, sont nombreuses et puissantes et les juges ont cherché le moyen de mettre leur conscience d'accord avec les règles du code. Y sont-ils parvenus ? Nous ne le croyons pas.

Certes, il y a lieu de prendre en pitié la situation de la fille-mère, trompée par les promesses de celui-là même en qui elle avait mis toutes ses espérances et toute son affection. Trop confiante dans

ses accents de sincérité, trop éprise peut-être pour en distinguer la fausseté du son, elle a cédé aux sollicitations de celui qu'elle regardait déjà comme son époux, persuadée qu'un prochain mariage allait régulariser une situation qui n'était que momentanée. Le jour de réaliser la promesse est venu et avec l'écroulement de toutes ses illusions, la malheureuse se voit abandonnée avec un enfant, souvenir vivant de sa déception et de son honneur perdu. Quel avenir s'ouvre devant elle ? C'est pour beaucoup la perspective d'une vie de fatigues, de privations et de travail puisqu'elle seule doit faire face aux frais de l'éducation d'un enfant dont le père doit rester inconnu. C'est pour toutes les tristes conséquences d'une réputation flétrie. Est-il juste que celui qui est l'auteur principal de la faute se retire sain et sauf laissant à sa victime toutes les charges et conséquences d'un acte dont il n'a pas le courage de prendre sa part ? Il semble que toutes les conditions requises pour l'application des dommages-intérêts se trouvent réunies et que jamais ils ne pourront avoir meilleure raison d'être. La question n'offrirait aucun doute si l'interdiction de la recherche de la paternité n'était formellement écrite dans notre code (1).

Poussée par ces sentiments d'équité, la jurispru-

(1) Nous ne voulons pas discuter bien entendu la légitimiié de cette dispositon contre laquelle laquelle on a formulé de si nombreuses réclamations.

dence, approuvée par la majorité des auteurs (1) a cru éluder la déposition de l'article 340 et tient compte de la grossesse de la fiancée dans le calcul de la réparation pécuniaire qu'elle lui accorde. La recherche de la paternité, dit-elle, est prohibée lorsqu'il s'agit d'attribuer à un homme une paternité contre sa volonté, lorsqu'il s'agit de déclarer qu'un tel individu est le père de tel enfant. Or tel n'est pas l'objet du débat. La femme n'invoque toujours que l'article 1382. Elle ne demande pas que son ex-fiancé soit déclaré le père de l'enfant dont elle est accouchée,et comme tel condamné à lui venir en aide dans les frais de nourriture et d'éducation : elle ne conclut à des dommages-intérêts que parceque cet homme a rompu sans motifs la promesse qu'il lui avait faite et qu'il doit réparer toutes les conséquences de sa faute. A ce titre, la grossesse doit être prise en considération dans le calcul de cette réparation ; elle n'est qu'un élément de dommage et ne préjuge en rien la question de paternité. La meilleure preuve qu'il n'y a pas ici infraction à la prohibition du Code, c'est que l'action n'est intentée ni par l'enfant ni en son nom ; celui-ci ne pourra pas se fonder sur le jugement intervenu pour réclamer le titre de fils de l'ancien fiancé de sa mère et jouir des droits que la loi attache à la qualité d'enfant naturel, de même qu'il ne pourra pas

(1) Aubry et Rau, t. VI § 569. — Glasson, op. cit n° 102. — Demolombe, t. I, n° 29. — Vazeille, traité du mariage n° 153. — Marcadé, revue critique 1853, p. 194.

souffrir de la décision rendue. En réalité la femme n'est admise à prouver qu'une chose, c'est que la rupture ne doit pas être attribuée à un fait qui lui soit reprochable, c'est qu'il résulte de toutes les circonstances de la cause qu'elle ne mérite pas le reproche d'inconduite qu'on cherche à lui adresser, que par suite le défendeur n'ayant pas de motif légitime de dédit, a commis une faute à son égard. C'est ainsi que dans tous les arrêts rendus en cette matière nous trouvons bien spécifiés les deux points essentiels à savoir que la question de paternité et de filiation est en dehors du débat (1) et que la grossesse n'est envisagée que comme simple élément du préjudice matériel et moral dont il est dû réparation (2).

Faut-il approuver la jurisprudence dans ses décisions et admettre avec elle que la survenance d'un enfant doit être un élément d'évaluation des dommages-intérêts qui sont accordés la jeune fille? Nous croyons que l'interdiction de la recherche de la paternité s'y oppose formellement.

La prohibition est générale et, sauf le cas d'enlè-

(1) Toulouse, 5 mars, pand. fr. période. 88, 2, 182. — Chambéry, 19 février 1889, monit. jud. Lyon, 2 avril 1880; trib. Lyon, 12 juill. 1890. ibid. 16 sept. 1890. — Bordeaux, 4 déc, 1893, journ. arr, Bordeaux. 1894, 1, 248.

(2) Paris, 11 févr. 1887, gaz. pal 87, 2, 284. — Perpignan, 18 mars 1889, le Droit du 4 sept. 1889. —Nogent-le-Rotrou, 22 nov. 1889, France jud. 1889 p. 364. — Paris, 16 févr. 1890 gaz pal. 90, 1, 424. — Orléans, 5 nov. 1890, la Loi du 11 nov. 1890. — Nimes, 20 janv. 1891, gaz. trib. du 28 mars 1891. — Orléans 12 janv. 1893, S. 93, 2, 267.

vement, s'applique dans toutes les hypothèses, la place de l'article nous l'indique clairement. L'article 340 ne s'occupe pas du but dans lequel cette recherche est faite, il ne considère que le résultat final. Elle est interdite dans tous les cas : qu'elle soit principale ou accessoire, faite par l'enfant ou dans l'intérêt de la mère. De même qu'elle est générale, elle est aussi absolue dans ses termes, et exclut toute action qui tendrait, soit directement, soit indirectement, à établir une paternité forcée. C'est ce qui arriverait notamment dans notre hypothèse : le jugement condamnant d'une part le fiancé pour être l'auteur de la grossesse, d'autre part, la mère reconnaissant l'enfant issu de la grossesse, il en résulterait nécessairement que le fiancé serait le père de l'enfant. Le jugement combiné avec l'acte de reconnaissance équivaudrait à la preuve de la filiation (1). Le législateur a voulu mettre fin à ces procés scandaleux que tolérait notre ancien droit, et qui étaient la conséquence du principe admis à cette époque. Ce serait les faire renaître et aller contre le texte formel de notre loi que de permettre à la fiancée d'invoquer sa grossesse ou la naissance d'un enfant à l'appui de sa demande. Ce serait lui permettre de rechercher le père de son enfant et de lui imposer une paternité basée sur des relations que la loi ne veut pas reconnaître, ce serait

(1) S'il y avait plusieurs enfants la preuve serait moins certaine et il pourrait y avoir doute sur le point de savoir si le fiancé est le père de tel ou de tel enfant.

accorder des dommages-intérêts pour des faits qui ne doivent pas être divulgués. Voilà à quelle solution nous conduit l'article 340 strictement et logiquement appliqué : refus fait à femme de fonder son action sur le préjudice résultant de sa grossesse et d'en obtenir réparation.

C'est ce qu'a fort bien compris un auteur qui, dans un sentiment de pitié pour les filles mères, va jusqu'à s'écrier : « La seule précaution à prendre sera de laisser ici passer les faits sans leur donner leur qualification propre, d'admettre la chose, en écartant les mots » (1). La jurisprudence a suivi ce conseil et il n'y a qu'à examiner les termes de ses décisions pour voir combien ils laissent préjuger la question de l'attribution de paternité. La différence qu'elle prétend établir entre l'action qui nous occupe et la recherche de paternité n'est que dans les mots. « Attendu, dit la cour de cassation, qu'il est constaté par l'arrêt que le sieur L. à abandonné la fille B. après l'avoir séduite, qu'il est la seule et unique cause du dommage qu'elle éprouve... ». « Attendu, dit le tribunal de Nice, que la séduction exercée dolosivement sur une jeune fille au moyen d'une promesse de mariage et de laquelle est résulté une grossesse constitue un quasi délit.... ». « Attendu, dit encore la cour de Cassation, que c'est sur la foi de promesses de mariage que la défenderesse a noué avec B. des relations par suite desquelles elle

(1) Marcadé, revue critique, t. III, p. 205.

est devenue mère.... » (1). Ne ressort-il pas évidemment de ces termes que le fiancé, auteur de la séduction, de la grossesse est aussi le père de l'enfant? Cette conclusion et cette parternité ressortiront encore davantage des circonstances de la cause, de l'exposé des faits, et des documents fournis au procès.

Cette attribution de paternité ne résulte-t-elle d'une façon plus claire encore de la preuve que doit fournir la femme, d'après la jurisprudence, pour avoir droit à des dommages-intérêts? Il ne suffirait pas d'établir pour qu'il y ait lieu à réparation, qu'il y a eu promesse de mariage d'une part et rapports intimes suivis de grossesse d'autre part. Il faut en outre et surtout que les deux faits aient existé simultanément c'est-à-dire qu'il faut prouver que la promesse a été la cause déterminante de la séduction et par suite de la grossesse, qu'il est impossible d'attribuer la faiblesse de la femme à une autre cause. N'est-ce pas là la recherce de la paternité bien démontrée? En réalité la femme doit faire la preuve que celui auquel elle demande une réparation pécuniaire est l'auteur de sa grossesse et par suite le père de l'enfant dont elle est accouchée. N'est-ce pas violer ouvertement la disposition de l'article 340? C'est cependant ce qui se trouve journellement décidé par les arrêts (2).

(1) Cass. 24 mars 1845, D. P. 45-1-177. – Nice 14 février 1898, gaz. trib. 1er juin 1898. — Cass. 25 février 1890, journ. pal. 90-1-423.

(2) Colmar 17 juin 1862, journ. arr. Colmar 1862, p. 167. — Trib. Lyon 11 juin 1880, monit. jud. Lyon 19 juill. 1880.

Pour justifier sa solution, la jurisprudence invoque des raisons d'équité et les sentiments de compassion que font naître la triste situation de la fiancée trompée et délaissée. Mais est-ce une raison pour fausser la loi ? Sans vouloir excuser d'aucune façon la conduite du jeune homme, ni vouloir méconnaître le mouvement de pitié bien justifiée qu'inspire l'état malheureux de la jeune fille, ne peut-on pas dire qu'elle a commis une faute ou tout au moins une grave imprudence ? « Qu'une femme trop insouciante ou trop confiante, vive dans le concubinage à l'ombre d'une simple promesse de mariage et que, contente de sa situation, elle néglige de se donner un autre état, elle n'a pas d'indemnité à demander à celui qui, de son côté néglige sa promesse. Les torts sont partagés entr'eux : la femme s'est imprudemment soumise à une fâcheuse expérience, elle n'a pas craint de compromettre sa réputation et son existence » (1). Il y a eu une grande témérité de sa part en effet, sachant que la promesse qui lui a été faite n'est nullement obligatoire et ne lui confère aucun droit. Admettre le contraire serait donner un encouragement au désordre.

Quant à la distinction que fait la jurisprudence en

— Trib. Loudun 7 déc. 1883, gaz. pal 84-1-740. — Trib. Die, 22 déc. 1885, journ. arr. Grenoble et Chambéry 1886, p. 82. — Toulouse 30 juin 1891, gaz. pal. 1891-2-307. — Paris 16 mars 1892, gaz. pal. 92-1-308. — Trib. Vouziers 12 mai 1892, gaz. pal. 92-1, suppl. 57.

(1) Vazeille, traité du mariage, n° 153.

disant qu'il ne s'agit pas d'une recherche de paternité, mais d'une action en réparation d'un préjudice causé, (et nous venons de voir combien elle ne réside que dans les mots), il est impossible de lui trouver un fondement juridique. Comment accorder une action pécuniaire à la mère alors qu'elle est refusée à l'enfant ? Si celle-ci n'est pas coupable de la faute dont elle subit les conséquences, que faut-il dire de ce dernier ? La loi cependant lui a refusé le droit de rechercher et de connaître son père alors même que les preuves de sa filiation seraient certaines, surabondantes, irrécusables et alors surtout qu'il s'agirait de sa fortune, de sa position sociale, de son état civil, c'est-à-dire de tout ce qu'il y a de plus important. C'est que notre législateur, instruit par une expérience longue de plusieurs siècles, avait de graves raisons pour rompre avec le système admis dans notre ancien droit, il savait à quels excès et à quels scandales avaient donné lieu les procès qu'il voulait supprimer. A l'inverse de la maternité, la paternité est un fait ne se revêlant par aucun signe extérieur, trop mystérieux pour qu'il puisse être constaté au hasard d'un jugement ; elle ne peut être indiquée que par un acte authentique et émaner du père seul. C'est l'ordre public et l'intérêt de la société bien entendus qui le veulent ainsi malgré l'utilité primordiale que cette recherche présenterait pour l'enfant. Comment dès lors permettre cette preuve et cette constation judiciaire au profit de la mère et dans un intérêt pécuniaire, dans

le but d'obtenir une somme d'argent ! D'ailleurs les termes de l'article 340 sont généraux, ils ne disent pas que la recherche de la paternité est interdite pour l'enfant, mais bien interdite en général, pour tout le monde et à tous les points de vue. La jurisprudence viole donc la loi et ne peut se justifier d'aucune façon puisqu'elle arrive à autoriser une preuve et à constater, on ne peut même pas dire indirectement, une paternité que la loi défend expressément de divulguer.

Juridiquement inexplicable dans son principe, elle ne l'est pas davantage dans ses résultats. Comme le fait remarquer avec raison M. Giraud, en obligeant le fiancé qui ne tient pas sa parole à réparer par le moyen d'une condamnation à des dommages-intérêts le préjudice résultant de la naissance d'un enfant, la jurisprudence en arrive à distinguer « deux manières d'être père naturel ou plutôt deux conséquences différentes de cette paternité établie. Dans une classe d'hypothèses, on serait tenu de tous les devoirs et de toutes les relations qui constituent la parenté naturelle, ce serait quand la reconnaissance à été volontaire ; dans une autre classe, on ne serait tenu que de réparer en dommage, — quel dommage ? on ne sait — mais enfin qui serait distinct des obligations de père naturel, moins étendu, moins considérable, si vous voulez. » Après avoir dit que ce système pourrait s'admettre en cas de silence du Code et qu'on pourrait proportionner les conséquences de la paternité involontaire

au degré de certitude qu'elle présenterait, condamner par exemple lorsque elle serait douteuse, à des aliments seulement pour l'enfant, l'auteur ajoute : « Mais la difficulté est que nulle part on ne trouve trace de cette double paternité, si nous pouvons dire, d'une dualité quelconque d'hypothèses qu'auraient prévue les rédacteurs du Code civil. Toujours on parle d'une paternité une et indivisible. Et d'ailleurs, les dangers réels ou imaginaires que présente la recherche et qui ont déterminé les rédacteurs du Code sont tout aussi grands quels que soient les effets de la constatation, et le scandale est le même. » (1)

Voila en effet où en arrive la doctrine que nous combattons. Le même sentiment qui a poussé à sanctionner par un détour les promesses de mariage se retrouve ici. Les juges ont voulu adoucir la loi qu'ils trouvaient trop rigoureuse, en opposition même avec les principes de la morale et les idées d'humanité, ils ont été obligés de faire échec à la prohibition de la recherche de la paternité.

L'absence de base juridique et les hésitations de la jurisprudence se traduisent nettement dans les variations du chiffre de l'indemnité allouée. Le dommage éprouvé par la fiancée résulte de l'atteinte portée à sa réputation et des frais nécessités par l'éducation et l'entretien de l'enfant. Or il semble bien que l'évaluation de ces deux éléments doive être la même dans tous les cas et présenter un tarif

(1) Giraud, op. cit. p. 41.

à peu près uniforme. Il n'en est rien cependant et le taux des réparations pécuniaires subit des écarts considérables. Le tribunal de Castelsarrazin, confirmé par la cour d'appel, alloue 3.000 francs. Les cours de Colmar, le 31 décembre 1863 et de Toulouse le 28 novembre 1871 accordent pareille somme. Le 7 juin 1869, la Cour d'Aix monte jusqu'à 4.000 francs. La Cour de Montpellier descend au contraire à 1.200 francs le 10 mai 1851, et la Cour de Bordeaux, le 27 novembre 1852 n'accorde à la fiancée trompée que 500 francs. (1) Parfois cependant on s'est montré plus généreux et on a accordé des sommes bien supérieures : c'est ainsi que 22.000 francs sont accordés par le tribunal de Saint-Jean-d'Angély en 1896.

L'opinion contraire que nous soutenons compte pour elle quelques décisions judiciaires. (2) Dès le 26 mars 1806, la Cour de Cassation elle-même indique les véritables principes de notre matière: « Attendu, dit-elle, que toute recherche de paternité est abolie, non seulement par rapport aux droits successifs, mais encore relativement aux aliments pour l'enfant, et aux dommages-intérêts pour

(1) M. Giraud, op. cit. rapportant ces décisions, remarque au sujet des arrêts de la Cour de Montpellier et de Bordeaux que, si on a voulu indemniser la fille-mère de la perte de sa virginité en lui accordant 1.200 francs ou 500 francs, c'est bien peu, mais si au contraire on a entendu faire payer à l'amant le prix des faveurs que la fille lui a accordées, c'est beaucoup.

(2) Toulouse, 13 mai 1842 D. R. V° mariage n°89.—Caen, 24 avril 1850. D. P. 55-2-177. — Aix, 23 févr. 1865, S. 66-2-28. — Rennes, 11 avril 1866, D. P. 66-2-184.

la mère, par la raison que la paternité étant indivisible, un homme ne peut pas être le père pour un cas et ne pas l'être pour un autre cas ; qu'en condamnant le sieur X. à des dommages-intérêts et aux frais de gésine le tribunal a commis un excès de pouvoir et viole l'article 340... » Merlin, (1) cite deux autres arrêts, également de la Cour de Cassation, et rendus sous l'empire de la loi de brumaire an XI. Quoi qu'il en soit l'opinion contraire est aujourd'hui admise par une jurisprudence constante.

Une dernière question s'est posée au sujet de ce que devaient comprendre les dommages-intérêts. D'après le droit commun contenu dans l'article 1149 du Code civil la réparation pécuniaire s'étend au préjudice éprouvé, damnum emergens, et au gain manqué, lucrum cessans. Faut-il tenir compte ici de ce deuxième élément ? Le futur délaissé qui allait faire un brillant mariage, à qui on avait promis dans le contrat une donation importante, peut-il demander à être indemnisé du bénéfice que la faute ou la déloyauté de son co-contractant lui fait perdre?

Les auteurs qui soutiennent la valeur juridique des promesses de mariage admettent cette conséquence en se fondant sur les raisons qui leur ont fait admettre le principe. S'en référant à la règle générale de l'article 1149 qui ne comporte aucune exception positive en notre matière ils en concluent que, le droit commun en cas d'inexécution des obli-

(1) Merlin, répertoire V° fornication § 52.

gations est applicable ici comme ailleurs. Les dommages-intérêts doivent être fixés par arbitrage de justice, en tenant compte pour leur évaluation du gain manqué (1).

L'opinion contraire est cependant universellement admise, les juges doivent tenir compte seulement du damnum emergens dans leur appréciation. L'article 1149 n'est pas ici applicable, on ne réclame pas l'accomplissement d'une obligation conventionnelle, c'est l'article 1382 qu'on invoque en se plaignant d'un dommage injustement causé. D'ailleurs, s'il en était autrement, il en résulterait que l'un des futurs époux aurait le droit, le mariage n'ayant pas lieu, d'exiger d'être traité comme s'il s'était accompli ; il pourrait réclamer l'exécution des conventions matrimoniales,des avantages soit présents,soit futurs qui avaient été hypothétiquement convenus à son profit. Une telle prétention serait directement contraire à l'article 1088 du Code civil aux termes duquel toute donation par contrat de mariage tombe avec le projet de mariage lui-même et l'on ne peut pas plus condamner l'un des futurs époux à l'exécution du contrat de mariage qu'à l'exécution du mariage (2). Enfin une telle doctrine conduirait à favoriser de honteuses spéculations, elle ferait du mariage un marché d'argent et c'est le cas de lui

(1) Toullier, op. cit. t. VI, p. 323. — Zacharie op. cit. § 454, texte et note 25.

(2) Demolombe, op. cit. n° 30.— Glasson, op. cit: n° 100. — Laurent, op. cit. t, II, n° 308.

rappeler le mot du premier consul ; le mariage n'est pas une affaire, c'est l'union des âmes ! Telles sont les bases d'appréciation prises par les tribunaux pour calculer le montant de la réparation pécuniaire due par la partie qui ne tient pas sa promesse : évaluation du préjudice matériel et moral, mais refus de tenir compte du gain manqué.

Nous venons d'étudier l'étendue du principe il nous reste maintenant à voir les conditions requises pour qu'il soit applicable.

Il faut d'abord pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts, prouver l'existence d'une promesse de mariage. Nous examinerons plus loin le mode de preuve qui doit être admis. Pour le moment disons seulement que la promesse doit être sérieuse et réciproque. La réciprocité exigée n'est que l'application du droit commun, la promesse n'est, en effet, que le prélude du mariage et, comme lui, doit lier les deux parties. La promesse unilatérale ne se comprendrait pas, l'une des parties serait liée tandis que l'autre conserverait toute sa liberté. Il faut donc non seulement que l'engagement pris soit accepté par l'autre partie, mais encore que celle-ci s'engage elle-même à accomplir le mariage. Peu importe d'ailleurs que la manifestation de cette volonté soit expresse ou tacite. Tel serait le cas où les deux parties donneraient l'ordre d'afficher la publication du mariage ou laisseraient sciemment apposer ces affiches. De même s'il y avait eu contrat de mariage signé par les deux con-

tractants. Il faut un second lien que la promesse ait été sérieuse, car bien qu'en principe la promesse de mariage ne soit pas obligatoire, le fait dommageable qu'on cherche ici à réparer suppose nécessairement cette promesse, par suite on ne pourra pas demander la réparation d'un préjudice causé par une promesse à laquelle il était impossible de croire, d'après les circonstances de la cause. Bien entendu il suffit que la partie seule qui a été trompée ait pu regarder l'engagement comme sérieux, alors que l'autre aurait été de mauvaise foi. Cette mauvaise foi ne fera qu'augmenter la responsabilité du fiancé infidèle et ne peut avoir pour effet de faire perdre à l'autre partie son droit à une réparation. Sous le bénéfice de cette observation il a été jugé que l'action en dommages-intérêts ne saurait être admise lorsque la promesse du mariage n'a pu être considérée comme sérieuse par l'une des parties à cause de sa supériorité d'âge et d'expérience, ou à raison de sa situation de veuve et de mère de famille, ou pour tout autre motif (1).

Une deuxième condition est requise pour que l'action en dommages-intérêts puisse prendre naissance. Il faut prouver le préjudice causé, car c'est de lui seulement qu'il est dû réparation, c'est l'application de la régle : point d'intérêt, point d'action. C'est pour cette raison qu'il a été décidé qu'une

(1) Trib. du Puy, 29 janv, 1869. D. P. 70-3-12.— Nevers 2 janv. 1876, D. P. 77-3-64. — Lyon 1er jiun 1887, monit. jud Lyon 3 août 1887.

promesse de mariage n'est pas une cause valable d'engagement lorsqu'elle n'a occasionné aucun dommage à la personne à qui elle a été faite (1), encore que la responsabilité qui résulte à la charge de celle des parties qui a manqué à sa parole est atténuée dans une large mesure si la cause de rupture articulée n'a pu porter aucune atteinte à la considération de l'autre (2). L'évaluation de ce dommage est d'ailleurs une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux. Les juges prendront en considération, la fortune, la qualité, l'âge, la position des parties ; si par exemple la personne était par son expérience et par son âge capable de s'éclairer elle-même, et de ne pas tomber dans le piège d'une promesse de mariage. On appréciera la gravité du préjudice causé, les besoins de celui qui en souffre et la fortune de celui qui les doit (3).

Il faut enfin pour que le dommage soit réparé, que la partie coupable ne puisse invoquer un juste motif de rupture. Dans ce cas, d'après la théorie admise, il n'y a plus ni délit, ni quasi délit, et par suite plus de dommage à réparer. C'était la solution admise dans notre ancien droit où les promesses de mariage étaient considérées comme valables, à plus forte raison doit-il en être ainsi dans notre droit actuel. Nous avons vu comment la jurispru-

(1) Lyon, 6 mars 1888. monit. jud. Lyon, du 28 août 1888.

(2) Lyon, 5 juill. 1892, monit, jud. Lyon, du 29 juill. 1892.

(3) Grenoble, 16 juill. 1841, D. P. 42, 2, 152,

dence renverse le fardeau de la preuve, contrairement au principe de l'article 1382. Ce n'est pas le demandeur qui doit faire la preuve de la faute du défendeur, c'est à ce dernier au contraire de prouver l'absence de toute faute de sa part, d'établir le juste motif de son dédit. Par cela seul qu'il y a rupture il y a faute présumée, responsabilité engagée, sauf à la partie défenderesse d'expliquer le bien fondé de sa conduite.

L'appréciation des excuses fournies étant une question de fait est soumise à la libre appréciation des magistrats qui s'inspireront de toutes les circonstances de la cause et de la condition des parties. Telle cause insifiante en effet pour expliquer une rupture dans une classe inférieure de la société, peut au contraire la justifier parfaitement chez d'autres personnes. Ces excuses varient avec les espèces et l'on ne peut qu'en donner des exemples. On peut citer les condamnations criminelles ou correctionnelles encourues par l'une des parties, la survenance d'un fait capable de ternir sa réputation, la grossesse de la fiancée,à moins bien entendu qu'elle ne soit l'œuvre du fiancé(1),une infirmité physique, une diminution de fortune du futur conjoint ou de sa famille: « Il ne s'agit pas, dit Demolombe (2), de savoir s'il n'y aurait pas alors plus de noblesse de cœur à ne pas s'éloigner d'un futur malheureux

(1) Rouen, 7 déc. 1825, D. P. 26, 2. 87. — Bordeaux, 23 mars 1852, D. P. 56, 2, 23.

(2) Demolombe, op. cit. t. III, n° 28.

ou ruiné ! Je pose une question de droit, une question juridique de dommages-intérêts ; or, en droit, je pense que le changement survenu, soit dans les personnes, soit dans la fortune de l'un des époux, peut être tel que le refus de la part de l'autre de procéder à la célébration de mariage soit légalement fondé. » En règle générale on peut dire que la promesse de mariage est subordonnée à la condition que la situation demeurera la même jusqu'au jour de la célébration. Chacune des parties a le droit absolu de rompre toutes les fois qu'il sera survenu un évènement tel qu'elle soit fondée à dire qu'elle n'aurait pas pris l'engagement si elle l'avait connu; peu importe d'ailleurs d'où vienne cette circonstance, qu'elle provienne du fiancé ou de sa famille, qu'elle porte atteinte à la réputation ou aux intérêts pécuniaires, peu importe enfin sa gravité. A cet égard la jurisprudence s'est montrée très large dans le droit au dédit et dans l'apréciation des motifs de rupture. Elle a décidé à plusieurs reprises que le dédit était suffisamment justifié lorsqu'il avait pour cause le défaut d'exécution de la promesse qui avait été faite par le père de constituer une dot à sa fille (1), et plus généralement toutes les fois que la situation ou les convenances morales et pécuniaires de l'un des contractants ou de sa famille ont été modifiées.

Il est un cas qui a présenté quelques doutes. Le refus du père de famille de consentir au mariage de

(1) Alger, 16 nov. 1894. S. 95 2, 230.

son enfant est il un juste sujet de dédit de la part du fiancé? La question ne se pose pas pour le fiancé mineur car le défaut de consentement du père est un obstacle à la célébration du mariage. Si le futur époux a atteint sa majorité matrimoniale, l'opinion qui a prévalu est qu'il a le droit, en présence de ce refus, de retracter impunément la promesse antérieurement faite sans que ce dédit puisse servir de fondement à un action en dommages-intérêts. (1) Ce n'est que l'accomplissement d'un devoir d'obéissance et un témoignage naturel de déférence à l'autorité paternelle dont on ne peut lui faire un grief. Le législateur a, d'ailleurs, constitué la puissance paternelle pour permettre aux parents de veiller au bonheur de leurs enfants, il leur a accordé à cet effet le droit de faire opposition au mariage. Le fiancé qui se dédit en face de la volonté contraire de son père ne fait donc qu'invoquer un motif des plus légitimes et des plus légaux.

En résumé donc la jurisprudence se fondant sur l'article 1382 accorde en cas de rupture de promesses de mariage des dommages-intérêts pour réparer le préjudice matériel et moral souffert par la partie délaissée, à la condition toutefois que la promesse et le dommage soient prouvés et que le dédit ne puisse être attribué à un juste motif.

Jusqu'ici nous avons supposé que la promesse de mariage avait été échangée entre majeurs. Si elle

(1) Limoges 20 déc. 1859, D. P. 60, 5, 304. — Paris 16 déc. 1874, S. 75, 2, 112.

avait été échangée entre parties dont l'une au moins était mineure, la solution ne devra pas être modifiée. Le mineur qui rompra même sans donner de motifs n'encourra de ce fait aucune responsabilité. Toutes les raisons qui ont été invoquées en cas de majorité s'appliquent ici avec plus de force encore. C'est aussi la solution commandée par les règles qui régissent la responsabilité du mineur. Ne pouvant pas valablement s'engager, la promesse qu'il a faite est nulle pour le fond et pour toutes ses conséquences. Il n'aura de dépenses à payer ou à rembourser qu'autant qu'il a tiré profit de son engagement et dans les limites de son enrichissement. Or ici, en mettant à sa charge des dépenses inutiles pour lui, on lui ferait éprouver un préjudice dont sa minorité doit l'exempter. En les laissant au compte de celui qui les a faites, sachant l'incapacité dont le mineur est atteint, on ne fait que lui faire supporter les conséquences de son imprudence.

Mais ne peut-on pas alors déclarer le père civilement responsable ? Nous croyons, d'après la théorie admise, qu'il faut faire une distinction. S'il n'avait jamais donné son autorisation au mariage, il est évident que sa responsabilité serait hors de cause. Si, au contraire, il existe une négligence ou une imprudence de sa part il pourra être poursuivi, si par exemple au lieu d'user de son autorité pour faire cesser les assiduités, il les a au contraire encouragées en manifestant hautement la satisfaction que

lui causait le futur mariage de son fils (1). Il a été jugé spécialement que lorsque le séducteur est mineur, la mère, tutrice légale et le mari, cotuteur du mineur, peuvent-être déclarés responsables, s'il y a à leur imputer quelque imprudence ou négligence (2). Il faut donc, pour que l'action contre le père réussisse, qu'il ait commis une faute en retirant son contement, il faut que la rupture soit fallacieuse, disent les arrêts. Mais s'il s'est borné à empêcher le mariage, même sans alléguer de motifs, il n'a fait qu'user de son droit d'opposition, « il a agi dans la plénitude d'un droit inattaquable » (3).

Cette solution admise par la jurisprudence relativement à la promesse faite par un mineur ne s'accorde pas avec le principe qui, d'après elle, donne lieu à réparation. Puisque le mineur est tenu par sa faute, comme le majeur, en vertu de l'article 1382, ne devrai-il pas, comme lui, être condamné à des dommages-intérêts ? Ce serait la conséquence logique de la doctrine admise.

(1) Toulouse 28 nov. 1864 S. 65-2-5.

(2) Bordeaux 19 mars 1867, journ. arr. Bordeaux 1867, p. 113.

(3) Paris 16 déc. 1874, S. 75-2-112. — Alger 9 avril 1895 S. 96-2-79.

Effets des promesses de mariage relativement aux biens

A la suite d'une promesse de mariage, les futurs époux vont rédiger un contrat pour régler le régime des biens qu'ils ont l'intention d'adopter. Une dot peut avoir été constituée à la jeune fille, des donations, réciproques ou non, peuvent avoir été faites, des cadeaux échangés, une corbeille de mariage donnée à la fiancée par son futur époux; en cas de rupture il y a lieu de régler leur sort et de se demander quels sont les droits qui appartiennent à chacun des promettants.

Le contrat de mariage n'est qu'un préliminaire accessoire et l'on ne conçoit pas de conventions matrimoniales sans mariage, l'existence du contrat est donc subordonnée à la sienne et la condition résolutoire si nuptiæ sequantur toujours sous entendue. Il en résulte que si le projet de mariage tombe, le contrat deviendra caduc. Les futurs époux se trou-

vent placés dans la situation où ils étaient avant d'avoir rédigé le contrat.

Il en est de même pour la dot qui, à raison de sa nature propre, suppose nécessairement le mariage. Elle lui est intimément liée et doit subir la même destinée. Elle est donc toujours constituée sous la condition que le mariage s'ensuivra et sera résolue de plein droit par la rupture de l'union en vue de laquelle la constitution avait été faite. Si les biens qui la composent n'ont pas encore été livrés avant le mariage, c'est le cas le plus fréquent, il n'y a aucune difficulté, Mais si le contraire s'est produit, quels seront les droits de la fiancée vis-à-vis de son futur époux et vis-à-vis des tiers possesseurs ? Dans notre droit actuel, à l'inverse du droit romain, le futur mari ne devient pas propriétaire des biens dotaux, dès que la constitution en est faite, on n'en devient propriétaire que sous condition résolutoire s'il s'agit de chose fongibles ou qui se consomment par le premier usage. Si donc il aliénait ou hypothéquait ces biens dotaux il aliénerait ou hypothéquerait la chose d'autrui : tel est le principe. En cas de rupture, si les biens dotaux ont été livrés au futur époux avant la célébration du mariage, la fiancée ou le constituant auront toujours la garantie de la revendication dans le cas ou il s'agit de corps certains. Mais il s'agit de choses fongibles, des sommes d'argent par exemple, notre loi n'accorde aucune garantie spéciale pour leur restitution avant le mariage, la fiancée n'aura qu'une créance

en restitution que rien ne fortifiera. Elle sera soumise aux chances d'insolvabilité de son futur époux, et ne pourra les éviter qu'en ne livrant pas ces objets ou en stipulant des garanties conventionnelles.

Supposons que, dans l'intervalle du contrat à la célébration du mariage, le fiancé ait vendu tout ou partie des biens dotaux, quelle sera la situation de la femme vis-à-vis des tiers acquéreurs ? Puisque le futur mari n'est pas propriétaire, il n'a pas pu consentir une vente valable et transférer un droit de propriété qu'il n'avait pas, nemo dat quod non habet. La prétendue aliénation est donc nulle, d'après le principe général de l'article 1599, et ne saurait porter aucune atteinte aux droits de la femme vis-à-vis de laquelle la vente est res inter alios acta : elle pourra revendiquer sa chose contre l'acheteur qui la possède, tant que l'usucapion n'en sera pas acquise au profit de celui-ci. Il devra même restituer les fruits s'il a été de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a connu la dotalité, ce n'est que l'application des articles 549 et 550 du Code civil.

La dot peut encore consister en créances, en titres nominatifs ou au porteur. Dans ces cas la situation est la même que lorsqu'il s'agit de corps certains : chaque créance a en effet une valeur spéciale, à raison de la qualité du débiteur ou des garanties accessoires, elle ne peut être remplacée exactement par une autre. De même s'il s'agit de titres nominatifs, tant que le transfert de pro-

priété n'a pas été fait sur les registres de la société débitrice, la femme reste propriétaire et conservera l'action en revendication pour reprendre ses titres, vis-à-vis de son futur époux et vis-àvis des tiers possesseurs. Dans le cas de valeurs au porteur, la situation sera plus grave pour la femme si elle les a livrées à son futur époux avant la célébration du mariage. Par cela seul que celui-ci les aura entre les mains, il en sera considéré comme propriétaire et pourra les revendre, ou tout au moins toucher les dividendes ou les intérêts. En cas de rupture de la promesse de mariage, la femme aura toujours le droit de revendiquer ces valeurs contre son fiancé et contre les tiers, à la condition toutefois, à l'égard de ces derniers, qu'elle se soit conformée aux prescriptions de loi du 15 juin 1872.

Les mêmes principes s'appliquent en cas de donation faites par l'un des futurs époux à l'autre en vue du mariage. L'article 1088 du Code civil est formel à cet égard : « Toute donnation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas ». Toute donation, dit le texte, par conséquent la caducité s'appliquera quel que soit le mode employé par les parties pour réaliser le transfert de propriété : donation proprement dite, promesse, délégation, cession de créances, remise de dettes, pourvu toutefois que ces libéralités aient été faites en vue du mariage projeté. C'est l'effet ordinaire de la condition résolutoire expresse ou tacite auquel la loi n'a pas dérogé. La règle ne fait donc pas de

doute, la seule difficulté consiste à savoir quelles sont les donations qui sont présumées faites en faveur du mariage. Est-ce qu'il faudra leur attribuer ce caractère par ce seul fait qu'elles émanent des fiancés ou que c'est à eux qu'elles s'adressent ?

Le doute n'existe pas lorsque la donation est contenue dans le contrat même de mariage ; le but est ici évident, et la présomption résulte de l'article 1541 du code civil aux termes duquel « tout ce que la femme se constitue ou qui lui est donné en contrat de mariage est dotal, s'il n'y a stipulation contraire ». En employant cette forme, le donateur manifeste implicitement sa volonté d'affecter les revenus des biens au soutien des charges du mariage et de les mettre sous la protection du régime adopté dans le contrat. Une prétention contraire ne se comprendrait pas. Cela étant, si l'union en vue de laquelle la libéralité a été faite, ne s'effectue pas, cette libéralité n'a plus d'objet et doit tomber avec lui, c'est la solution dictée par la logique. La disposition insérée dans un contrat se rattache à lui comme l'effet à la cause et doit subir la même destinée. L'article 1088 qui pose la règle ne fait en cela qu'appliquer le principe général à notre matière. Le donateur n'aura donc pas à établir que la donation qu'il a faite par contrat, a été faite uniquement en vue du mariage futur, la loi établit pour lui cette présomption. Il lui suffira de présenter le contrat pour que la partie donataire soit, ipso facto, condamnée à lui restituer les biens donnés. Il faut

même aller plus loin et dire que la présomption de l'article 1541 étant une présomption légale ne saurait être combattue par la preuve contraire.

Mais que faut-il décider dans le cas où la donation est faite en dehors du contrat de mariage et par acte séparé? La difficulté se présentera surtout lorsqu'il s'agira des dons manuels dont rien ne révélera le but et dont aucune forme ne permettra de supposer qu'ils se rattachent au mariage projeté. La présomption de l'article 1541 ne se retrouve plus ici et son absence laisse le champ libre à l'incertitude. Cette hypothèse est d'ailleurs de nature à se présenter fréquemment, car souvent les parties ne rédigent pas de contrat de mariage, adoptant le régime de droit commun ; dans quel sens interpréter les donations qu'elles se sont faites ? Si l'on admet que la donation, par cela seul qu'elle a eu lieu entre fiancés, doit avoir pour but le mariage promis, la condition résolutoire sera sous entendue de plein droit et par suite le donateur n'aura aucune preuve à faire. La situation est la même que dans le cas précédent où la libéralité était contenue dans le contrat de mariage. Sauf cependant le droit à la partie adverse de faire la preuve contraire, car il n'y a plus ici de présomption légale. C'est une simple supposition qui peut ne pas se trouver d'accord avec la réalité des faits et qu'il est permis de détruire. Si l'on admet au contraire que la donation peut avoir un but distinct et étranger au mariage, ce seront les règles du droit com-

mun qui seront applicables. La donation est pure et simple, irrévocable à moins que la partie demanderesse ne puisse prouver que la libéralité n'avait été faite que dans le but d'une union prochaine.

C'est cette dernière opinion qui, à notre avis, doit être adoptée. Les présomptions légales sont en effet de droit étroit. L'article 1541 nous disant que, sont présumées dotales les dispositions contenues dans le contrat de mariage, doit être interprété restrictivement. Il nous indique à contrario que si la disposition ne se trouve pas dans le contrat ou n'existe que dans un acte séparé, il n'y a plus aucune raison pour la présumer faite en vue du mariage et dès lors elle doit obéir à la règle générale : l'idée de libéralité est la seule cause qui lui a donné naissance, la preuve de la condition résolutoire tacite de la rupture est à la charge de la partie qui l'invoque. A l'inverse de celle qui est inscrite dans le contrat de mariage, la donation qui nous occupe a une existence propre aux yeux de la loi qui peut être soutenue en dehors de toute idée de célébration d'une union future. Ce sera une simple question de fait laissée à l'appréciation des juges qui devront se décider soit d'après les termes de la donation, soit d'après les circonstances de la cause. Ils auront à se demander quel est le but véritable de la donation et si elle n'a pas été faite spécialement en vue du mariage : dans ce cas il en prononceront la dissolution, dans le cas contraire ils maintiendront son irrévocabilité. Le fardeau de la preuve incombera

donc à la partie qui se prévaut de l'existence de la condition résolutoire sous entendue. (1) Le plus souvent ces donations seront d'ailleurs très modiques et ne pourront être considérées que comme de simples marques de galanterie, comme telles non restituables. Les espèces que nous fournit la jurisprudence sont relatives aux cadeaux qu'il est d'usage de se faire entre fiancés, aux bagues, joyaux et autres objets d'art et d'orfèvrerie. Ses décisions sont rares sur ce sujet pour la raison qu'indique M. Vidal : (2) « les sentiments de délicatesse et d'honneur qu'une rupture de mariage atteint si vivement en déterminent presque toujours la restitution spontanée..... Il est rare qu'une femme et une famille aient le triste courage de conserver jusqu'à ce qu'une décision judiciaire les leur arrache, les souvenirs toujours pénibles d'un projet de mariage rompu. » Ces questions sont en pratique résolues à l'amiable. Néanmoins la jurisprudence adopte la solution que nous venons de proposer. Un arrêt de la cour de cassation de Naples l'expose très nettement dans ses motifs en se fondant sur l'article 1068 du code civil italien qui est la reproduction de notre article 1088. (3)

Il peut arriver que la simple restitution des objets faite par le fiancé qui s'est dédit, à la partie qui

(1) Laurent, op. cit. t. XV, n° 168.
(2) Vidal, op. cit. p. 65.
(3) Cour cass. Naples, 13 août 1881, gaz. pal. 82-2-44.— S. 82-4-28.— En ce sens : Toulouse, 4 août 1881. D.P. 82-2-94. — Bruxelles, 16 janv. 1889, S. 89-4-24.

les a donnés, ne suffise pas à indemniser cette partie du préjudice que lui cause la rupture. Les bijoux par exemple, même s'ils n'ont pas été portés n'auront plus la même valeur. Dans cette hypothèse il a été jugé que l'indemnité au paiement de laquelle était tenu celui des futurs qui avait rompu sans motifs légitimes, devait comprendre la valeur des objets offerts par l'autre en cadeau et achetés par lui à cette intention sans excepter ceux qui étaient encore intacts, non plus que ceux qui avaient été refusés au moment de la déclaration de rupture et dont l'acquisition était antérieure à cette déclaration (1). Dans tous les cas, lorsque la future n'a pas restitué tous les présents qui lui lui avaient été remis en considération du mariage, la détention de ces objets ne peut donner lieu qu'à une action civile et non à des poursuite correctionnelles. (2)

Parmi les cadeaux qu'il est d'usage de donner à la fiancé il faut mentionner « la corbeille de mariage ». Elle consiste en robes, soieries, dentelles, etc., offertes à la future épouse en vue du prochain mariage. Il est évident que cette donation a été faite en faveur du mariage et que la rupture des fiançailles doit nécessairement avoir pour effet de la révoquer. Quel sera l'effet de cette rupture vis-à-vis des fiancés et vis-à-vis des tiers ? Tout d'abord le futur qui donne cette corbeille peut la constituer de deux façons : soit en remettant à sa

(1) Lyon 6 janvier 1866. D. P. 69, 3, 90.
(2) Cass. 30 juin 1829, D. P. 29, 1, 137.

fiancée la somme d'argent nécessaire aux achat ssoit en lui donnant mandat exprès ou tacite d'effectuer ces achats, prenant ainsi à son compte personnel l'engagement de payer les créances des fournisseurs.

La rupture survenant, quelle sera la situation des futurs époux ? Lorsque le fiancé a donné l'argent, la solution n'offre pas de difficultés. Si la rupture est due à la fiancée, elle sera seule engagée vis-à-vis des fournisseurs. Elle sera en outre obligée de rembourser en totalité la somme donnée puisque l'événement en vue duquel elle l'avait reçue ne se produit pas, la donation est résolue par suite de la défaillance de la condition. Si la rupture provient du fiancé la restitution lui est toujours dûe ; mais comme il peut être condamné à des dommages-intérêts, on pourra opérer une compensation. Les juges pourront ainsi dispenser la jeune fille en totalité ou en partie de cette restitution suivant le taux des dommages-intérêts accordés, ils pourront même condamner le jeune homme à un supplément d'indemnité.

Lorsque le fiancé n'a pas donné l'argent et n'a fait que s'obliger à payer les factures des fournisseurs en donnant mandat à la fiancée de faire les achats, l'hypothèse est plus compliquée. Vis-à-vis des fournisseurs il se trouve irrévocablement engagé, soit par sa présence effective s'il a accompagné sa fiancée dans ses emplettes, soit par le mandat exprès ou tacite qu'il lui a donné ; il devra donc accomplir

son obligation à leur égard. Pour eux la rupture est res inter alias acta, ils ne peuvent ni en profiter ni en souffrir, elle ne peut tout au moins pas avoir pour effet de substituer un autre débiteur au débiteur primitif. Ils pourront donc continuer à poursuivre le fiancé sauf à lui de faire la preuve qu'il était convenu avec eux que les achats n'avaient été faits que sous condition de la réussite du projet de mariage. Vis-à-vis de la fiancée le futur époux peut être assimilé à un donateur ordinaire. La donation ne consistera pas dans les objets achetés, mais dans le fait d'avoir pris à sa charge l'obligation de les payer, dans la promesse qu'il a faite de libérer sa fiancée des engagements dont elle est tenue envers les fournisseurs avec lesquels elle a traité, et cela sans aucun recours possible contre elle. Dès lors le mariage ne s'accomplissant pas, il y a lieu d'appliquer le principe général de l'article 1088 et de faire produire effet à la condition résolutoire.

Si donc le fiancé a lui-même payé les objets composant la corbeille de mariage, il pourra en réclamer le remboursement à la fiancée. Si c'est celle-ci qui a payé de ses deniers les fournisseurs, elle ne pourra rien réclamer et le paiement restera à sa charge, que la rupture émane d'elle ou de son fiancé. Dans ce dernier cas cependant comme la rupture engage sa responsabilité, le juge peut faire état de son côté, et opérer une compensation avec les dommages-intérêts qui sont dus à la future. Un arrêt de la Cour d'Aix, rendu le 27 avril 1865,

confirmant par adoption des motifs,un jugement de Draguignan en date du 11 mai 1864 expose nettement la situation juridique des fiancés et des tiers(1) Bien qu'il se rapporte à une hypothèse dans laquelle le mariage a été déjà célébré, la solution n'est pas changée. Il établit aussi une distinction entre le trousseau qui est acheté par la femme seule et la corbeille de mariage : «..... Attendu qu'il n'est pas justifié que le mari soit intervenu personnellement dans l'achat du trousseau et que, par suite, il ne peut être tenu sur ses biens personnels et comme débiteur direct, du montant des livraisons qui ont servi au trousseau de sa future épouse ; que c'est là une dette personnelle à la femme, antérieure au mariage, à raison de laquelle les créanciers pourraient bien exercer leurs droits, soit sur la dot, soit sur les revenus dotaux, et ce par disposition de l'article 1558 du Code civil, mais qu'ils ne peuvent, à raison de ce, obtenir de condamnation directe contre le mari en son nom personnel et comme obligé direct envers eux ; — Mais attendu qu'il résulte des factures produites que plusieurs articles de grande valeur ont dû constituer la corbeille de mariage, qui est toujours, dans l'usage, fournie par le mari ; que celui-ci étant militaire, il y a eu de sa part mandat tacite en faveur de la femme pour ces acquisitions et qu'on doit dès lors considérer le prix de ces achats comme une dette personnelle au mari qui doit immédiatement payer les cadeaux que l'usage

(1) Aix, 27 avril 1865 gaz. pal. 1866-225.

fait livrer à la future épouse ; — Attendu que dans cette catégorie doivent être compris : 1° le châle de l'Inde, au prix de 1300 francs ; 2° le châle carré, à 425 francs et une robe de velours de 445 francs, soit un total de 2.000 francs au moins, qui se trouve aussi en rapport proportionnel comme cadeau de corbeille avec la dot constituée qui s'élève, trousseau compris, à la somme de 30.000 francs ; — Attendu dès lors que pour cette valeur de 2.000 francs le sieur M. peut être considéré comme débiteur personnel et solidaire envers les demandeurs (les fournisseurs) ; Condamne le sieur M. à payer aux demandeurs 2.000 francs à valoir sur leur facture comme s'appliquant à la corbeille de noces, et dette personnelle de M. et pour le surplus et aussi pour le montant des factures des sieurs P. (fournisseurs), leur réserve tous les droits soit contre l'épouse soit contre l'époux comme détenteur de la dot, pour les exercer ainsi qu'ils aviseront, soit sur la dot, soit sur les revenus dotaux comme créanciers antérieurs au mariage et suivant les dispositions de l'article 1558 du Code civil. »

De la preuve des promesses de mariage et de leur rupture.

En étudiant les conditions de recevabilité de l'action en dommages-intérêts, nous avons vu qu'il fallait pour sa réussite que la preuve fut faite de l'existence de la promesse de mariage car c'est elle qui est son fondement. Nous devons donc nous demander maintenant par quels moyens cette preuve pourra être fournie. Il faudra en outre établir la rupture définitive de la promesse.

Tout d'abord il est hors de doute que la preuve de la promesse elle-même serait régulièrement faite soit par l'aveu du défendeur contre qui la promesse est invoquée, soit par un écrit émané de lui contenant la promesse positive, soit même de simples lettres missives, sauf au tribunal, dans ces derniers cas à apprécier le caractère de sincérité et le degré de force probante des écrits ainsi invoqués. La preuve résulterait encore, à fortiori, de la production d'un contrat

de mariage qui contiendrait la promesse de mariage, et qui par son caractère d'authenticité ne laisserait aucun doute. Mais en l'absence de l'aveu, d'un écrit ou d'un commencement de preuve par écrit, faut-il dire que tout autre moyen de preuve doit être refusé, la preuve par témoins et par présomptions ne sera-t-elle pas admissible ?

Les partisans de l'opinion qui interdit toute espèce d'efficacité à la preuve testimoniale et par présomptions invoquent d'abord l'ancien droit suivant lequel les fiançailles devaient toujours être prouvées par écrit. Ils ajoutent que cette solution est conforme aux principes généraux de notre droit actuel La règle générale est que la preuve par écrit est nécessaire pour toutes choses excédant la valeur de cent cinquante francs (art. 1341). L'article 1348 apporte une exception au principe et permet la preuve par témoins « toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. » Et si l'article ajoute dans l'alinéa 1 que la preuve testimoniale est admissible quand l'obligation résulte d'un délit ou quasi délit, et, c'est là notre cas, c'est à raison du principe posé en tête de cet article c'est-à-dire à raison de l'impossibilité dans laquelle le demandeur s'est trouvé de se procurer une preuve littérale du délit ou du quasi délit ; il en résulte que cette exception doit être restreinte dans les limites de cette impossibilité. Par suite toutes les fois que « dans un délit ou un quasi

délit il y a un fait juridique (dans notre espèce une convention) dont on a pu se procurer une preuve par écrit, ne sommes plus dans le cas de l'exception, nous rentrons dans la règle qui est la prohibtion de la preuve testimoniale. (1) » Or il est très facile de se procurer une preuve écrite de la promesse de mariage, si on ne peut se la procurer c'est qu'il est fort probable que cette promesse n'a jamais existé. L'article 1341 fait d'ailleurs une application du principe qu'il pose dans une hypothèse très voisine de la nôtre : il s'agit du dépôt volontaire. Dans la violation du dépôt volontaire qui constitue un délit, le juge ne pourra rendre sa décision au sujet de l'existense et de la valeur du dépôt que sur la preuve écrite qui lui en aura été fournie, parce que justement il aura été très facile au demandeur de se la procurer.

Enfin, dit-on, il y a de puissantes considérations d'intérêt public et privé en faveur de cette doctrine. La simple allégation d'une promesse de mariage basée sur la preuve testimoniale ou sur de simples présomptions, suffisant à autoriser une condamnation, engendrerait les intrigues et les abus les plus scandaleux, la société a tout intérêt à les éviter. Il faut remarquer d'ailleurs que la prohibition de la preuve par témoins ne s'applique qu'à l'existence de la promesse de mariage elle-même. Quant aux faits, dépenses, pertes, frais, etc. qui ont

(1) Laurent, op. cit, t. III, n° 310. — En ce sens : Merlin rep. v°, Fornication, § 2, n° 2. — Huc, op, cit. t. II, n° 9.

occasionné le dommage, il est évident qu'on peut les prouver par témoins, c'est l'application du droit commun. L'opinion que nous venons d'exposer compte pour elle de nombreux arrêts (1). Il a été jugé que lorsque la promesse n'est point représentée et qu'elle n'est étayée sur aucun commencement de preuve par écrit, le juge ne doit pas déférer le serment aux parties sur le fait de savoir si la promesse a réellement existé (2).

L'opinion contraire qui n'exige que la preuve par témoins ou par présomptions est néanmoins préférable et est plus conforme à la théorie de la jurisprudence relative au fondement des dommages-intérêts alloués. Notre ancien droit ne peut être invoqué ici ; s'il exigeait la preuve écrite des fiançailles, c'est que celles-ci étaient valables et juridiquement règlementées, tandis qu'aujourd'hui elles n'ont plus aucune existence légale. La même raison nous permet d'écarter l'argument d'analogie que l'on a tiré de la violation du dépôt volontaire. Ce délit consiste en effet dans la violation d'une convention parfaitement juridique et reconnue par notre loi. La rupture d'une promesse de mariage ne serait au contraire que la violation d'une con-

(2) Paris, 19 janv. 1865, S. 65-2-5. Aix. 23 févr. 1865, bull. arr. Aix 1865. — Rennes, 11 avril 1866, D. P. 66-2-184. — Toulouse, 29 mars 1889, la Loi 2 août 1889. — Trib. Nice, 14 févr. 1898, gaz. pal. 2e sem. 1898.

(3) Trib. Bourgoin, 18 et 19 déc. 1893, journ. arr. Grenoble et Chambéry 1865, p. 80. — Gand, 25 nov. 1882, D. P. 84-2-136. — Trib. Termonde, 28 mars 1891, gaz. pal. 91-1-468.

vention qui n'existe pas, et peut-on dire que l'on enfreint une convention qui n'existe pas ? D'autre part, le déposant n'a-t-il pas un intérêt primordial à se procurer la preuve écrite du dépôt ? Le même intérêt n'existe pas chez le fiancé. Enfin et surtout, le droit aux dommages-intérêts ne dérivé pas ici, comme on le prétend dans le système que nous repoussons, de l'inexécution de la promesse dénuée de toute efficacité aux yeux de la loi ; il n'est pas basé sur l'article 1142, mais bien sur l'article 1382 du code civil qui suppose l'existence d'un délit. Le fait dommageable ici, consiste dans le fait d'avoir induit une personne ou une famille en dépenses demeurées vaines, d'avoir compromis la réputation d'une jeune fille, d'avoir rendu son établissement plus difficile, en un mot le délit résulte de toute la conduite du futur époux infidèle et de toutes les circonstances qui s'y rattachent et non pas de l'inexécution seule de la promesse. Or les obligations dérivant d'un délit ou d'un quasi délit peuvent être prouvées par témoins et par présomptions ainsi que le décide dans les termes les plus généraux l'article 1348-1°, il faut donc admettre ce mode de preuve. D'ailleurs on est forcé de reconnaître que les faits dont il s'agit ne peuvent être constatés que par le témoignage, le contraire serait le plus souvent matériellement impossible. Quant à la promesse de mariage elle-même qui se réduit dans notre droit à un simple fait pourquoi en exiger la preuve par écrit ? Cette exigence sera en outre rarement satis-

faite en pratique, ces promesses ne sont en général contractées qu'oralement, comme les engagements d'honneur dont elles font partie. Quel sera le fiancé qui osera demander un écrit dont l'utilité ne se présentera qu'en cas de refus de la part de l'autre de tenir sa parole ? Du reste on s'accorde à reconnaître que la preuve testimoniale et par présomptions est permise dans le cas où la responsabilité résulte de faits illicites ayant accompagné la promesse, pourquoi changer la solution en cas de rupture sans motifs, par pur caprice puisque la responsabilité dérive encore de faits illicites : induction d'une personne ou d'une famille en erreur, atteinte à la réputation, etc ? Enfin on en arriverait à cette conséquence bizarre que la réparation pécuniaire serait refusée à toute une classe d'individus : ceux qui ne savent pas écrire. Ne pouvant rapporter la preuve écrite de leurs engagements, ils seront dans l'impossibilité de faire valoir leur droit en justice. Ils n'ont pas en effet la ressource de faire rédiger leur promesse de mariage dans la forme authentique par un officier public car cette promesse est nulle comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Quant aux abus dont parle l'opinion contraire ils ne sont pas à craindre car les juges pourront toujours écarter les demandes qui ne leur paraîtront pas fondées. Un jugement du tribunal de Loudun a nettement appliqué ces principes dans une hypothèse relative il est vrai au cas de séduction, mais il adopte la preuve testimoniale, par voie

d'enquête ordinaire de la promesse elle-même : «En ce qui touche l'admissibilité de l'enquête sur le fait de la promesse de mariage en l'absence d'un commencement de preuve écrite : Attendu que l'article 1341, code civil, en exigeant une preuve écrite pour toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs donne aux parties l'option entre deux sortes d'actes, l'acte sous seing privé d'une part et d'autre part l'acte authentique, qui est le seul moyen offert à ceux qui ne savent ou ne peuvent écrire : que là où l'intervention de l'acte notarié est impossible, il semble difficile de maintenir la nécessité absolue d'une preuve écrite qui n'existerait qu'à l'égard des personnes lettrées ; or tel est précisément le cas de la promesse de mariage, acte nul en lui-même et qui, à ce titre, ne peut être ni constaté, ni rédigé par un officier public en la forme authentique ; Attendu d'ailleurs que l'acte sous seing privé qui constaterait une promesse de mariage serait également nul comme établissant un engagement que la loi ne reconnait pas et qu'on ne comprendrait ni l'utilité, ni l'exigence de la production en justice d'un tel écrit dépourvu de toute valeur légale ; que cette solution est encore plus certaine au cas où cet écrit ne serait revêtu que de la signature d'un mineur ; Attendu, d'un autre côté, que la demande en dommages-intérêts formée par la fille séduite n'a pas pour base la promesse de mariage elle-même ; Qu'elle repose sur un ensemble de faits dolosifs au nombre desquels la promesse ne figure que comme

l'un des éléments de la faute commise par le séducteur; Qu'il est inadmissible que la demanderesse qui est recevable à établir par voie d'enquête le fait de la séduction et celui de l'abandon, ne puisse pas justifier de la même manière la promesse fallacieuse qui a été l'un des moyens employés pour vaincre sa résistance; Qu'en réalité la responsabilité du défendeur résultant non d'une obligation contractuelle, mais d'un quasi délit, tous les éléments constitutifs de ce quasi délit peuvent être prouvés par témoignages; Attendu que décider autrement serait, dans bien des cas, alors surtout que le défendeur est illettré, répondre par un véritable déni de justice à la réclamation de la femme abandonnée; Attendu il est vrai que le juge ne doit, dans l'intérêt des mœurs publiques et des familles, accueillir ces sortes de demandes qu'avec une grande réserve et une grande prudence; mais que le plus souvent la situation ne peut être complètement connue qu'après l'enquête; Attendu qu'en pareille matière la justice a deux écueils à éviter; que si elle doit refuser d'accorder une prime à la faiblesse et à l'inconduite de la femme qui s'est librement donnée et écarter des réclamations fondées sur le scandale ou sur de honteuses spéculations, elle doit avec une égale sollicitude consacrer la responsabilité de l'auteur d'une séduction obtenue par des manœuvres coupables et de fallacieuses promesses de mariage; Qu'il y a lieu à cet égard de s'en remettre au pouvoir d'appréciation des tribunaux qui sont tout

d'abord appelés à se prononcer sur la pertinence des faits articulés et qui restent maitres après l'enquête, d'examiner la portée des témoignages recueillis..... Par ces motifs, avant de statuer au fond, autorise à faire, par voie d'enquête ordinaire, la preuve des faits articulés (1). »

Quand à la preuve de la rupture de la promesse, il peut se faire qu'elle soit nécessaire si cette rupture est contestée. Le défendeur peut dire que la promesse n'est pas encore rompue, qu'il attend encore, qu'il ne fait qu'user de son droit. Il s'agira alors d'une simple question de fait pour lequel la preuve testimoniale ou par présomptions sera suffisante. En pratique les tribunaux s'arrogeront souvent le droit excessif de décider que les fiançailles doivent être considérées comme terminées et qu'il y a lieu de prononcer la condamnation aux dommages-intérêts.

(1) Trib. Loudun, 7 déc. 1883, gaz. pal. 84-1-74. Trib. Draguignan, 31 mars 1863, sous Aix, 23 fév. 1865, S. 66-2-28. — Trib. Carcassonne, 15 févr. 1888, gaz. pal. 88-2 suppl. 30.

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

États Scandinaves

Pendant de longs siècles, dans ces états, une promesse de mariage entourée des solennités requises avait une importance exceptionnelle et une force strictement obligatoire qui contraignait soit les parties, soit les personnes sous l'autorité desquelles elles vivaient, d'accomplir ou de faire accomplir l'union promise. C'est ainsi que, en Suède, le Code du roi Christophe, du milieu du XV^me^ siècle, permet au fiancé, lorsque sa future épouse lui a été promise par le plus proche parent mâle, et lorsque on lui refuse ensuite de la lui livrer, de se rendre au *ting*, d'y prendre quatre témoins et de pénétrer en leur présence, même par la force, dans la maison de sa fiancée pour l'enlever. Cette valeur juridique accordée aux fiançailles provient de vieux usages scandinaves qui se sont maintenus et qui ressemblent beaucoup aux coutumes germaniques. Ces usages

considéraient les fiançailles comme la première phase de l'union conjugale, comme sa base, puisque le mariage n'était accompagné d'aucune solennité, la célébration religieuse n'existant pas encore. Une ancienne loi de Jutland décide que lorsque une femme a couché et dîné avec un homme pendant deux heures et qu'elle a tenu les clefs de la maison, ses enfants sont légitimes. La persistance de ces traditions se retrouve jusque dans le Code Suédois de 1734 qui décide formellement pour rompre avec la coutume, que les droits de mari sur la personne de la femme et le régime des biens entre époux ne commencent qu'à partir de la célébration religieuse (1). Nous voyons aussi par là que les décisions de l'Eglise imposant la célébration religieuse n'ont pas été admises sans difficultés. Dans le droit moderne notre matière a bien perdu de sa valeur. Les conséquences juridiques sont bien affaiblies en Suède, elles ont presque totalement disparu en Norvège et en Danemark.

Dans ce dernier état pour que la promesse de mariage soit valable, d'après une ordonnance du 5 mars 1734, il faut : si elle est verbale qu'elle ait été faite en présence de deux hommes intègres et avant qu'il y ait eu relations entre les futurs époux ; encore ce témoignage ne sera utile que s'il est rendu dans l'année qui suit le jour de la promesse. Si la promesse est par écrit, elle doit avoir été écrite, ca-

(1) Code de 1734, 1re partie, chap. IX, art. 1 et chap. X, art. 1.

chetée et signée par son auteur et certifiée par deux témoins, hommes intégres et avant qu'il y ait eu relations illicites. Dans tous les autres cas, et ce sera la généralité, la simple promesse n'aura aucun effet, elle ne pourra engendrer d'actions ni pour contraindre au mariage ni même pour obtenir des dommages-intérêts. S'il y a eu grossesse cependant l'homme est obligé d'épouser sa fiancée si les conditions suivantes sont réunies. Il faut qu'il y ait eu promesse sérieuse et en bonne forme, que l'homme ait 25 ans révolus, que la femme soit de bonne vie et mœurs, qu'elle ne soit pas veuve à moins que le séducteur ne soit son tuteur, qu'elle ne soit pas aux gages d'un homme et se soit ensuite donnée à lui ou à ses enfants, parents ou alliés habitant la maison ; enfin qu'elle n'ait pas donné des indications fausses sur le père de l'enfant. Lorsque ces conditions sont réunies le fiancé récalcitrant peut être condamné à accomplir le mariage sous peine d'une amende de tant par jour. Il peut d'ailleurs, mais seulement lorsque la promesse n'a pas été faite dans les conditions que nous venons d'exposer, repousser par le serment, l'accusation de la femme enceinte qui prétend qu'il lui a promis mariage et qu'il est le père de l'enfant. Lorsque un tuteur a cohabité avec sa pupille ce fait seul suffit pour créer une obligation au mariage même s'il y a pas eu entre eux de fiançailles antérieures.

En Norvège, les fiançailles ont été abolies, comme en Danemark, par une loi de 1799 et ne produisent

aucun effet, elles ne subsistent plus que comme usage. Toutefois le fiancé est obligé d'épouser la femme avec laquelle il a cohabité, si celle-ci est devenue enceinte et si les fiançailles étaient notoires ou résultaient d'une promesse expresse, à la condition cependant que la femme ne lui ait pas donné juste sujet de rupture (1). Si le dédit provient de la faute du jeune homme, celui-ci encourt une condamnation à des dommages-intérêts.

La législation suédoise de 1734 a mieux conservé les anciens principes. La promesse simple ne confère aucun droit à la partie délaissée, mais si elle a été entourée des solennités requises, elle devient obligatoire ; les parties ne peuvent l'annuler et se dégager que d'un commun accord et qu'autant que leur volonté réciproque est de ne lui donner aucune suite. De plus, la promesse régulière forme un empêchement au mariage et même aux fiançailles que l'une d'elles voudrait contracter avec un tiers. Ces deux effets ne se produiront pas s'il est survenu un fait de la part de l'un des futurs qui pourrait fonder une demande en divorce s'ils étaiet mariés. L'empêchement à de nouvelles fiançailles est sanctionné par des peines correctionnelles. Celui qui, étant déjà engagé régulièrement dans les liens d'une promesse de mariage se fiance avec une autre personne, encourt une amende de 30 dalers et ce sont les premières fiançailles qui sont seules valables.

(1) Code pénal norvégien, ch. 18, art. 24.

même s'il y a eu cohabitation avec la deuxième femme, à moins que la première fiancée refuse de contracter mariage à la suite de ce fait ; dans ce cas le jeune homme infidèle doit se marier avec la deuxième femme (art. 5). Quant à la personne qui s'engage avec la partie déja fiancée, elle est punie d'une amende de 15 dalers. Si les deux parties étaient déjà fiancées l'une et l'autre lorsqu'elles ont contracté les nouvelles fiançailles, l'amende est de 30 dalers pour chacune. Si elles ont cohabité elles sont en outre passibles d'une peine correctionnelle et tout ce que elles se sont données mutuellement est confisqué au profit des pauvres. La partie qui aura été de bonne foi et aura ignoré l'existence du lien antérieur n'encourt aucune peine ; l'auteur de la fraude est condamné au contraire, en sus de l'amende, à des dommages-intérêts et perd tous les avantages qu'il aura faits sans pouvoir profiter de ceux dont il a été l'objet. Dans le cas où ce serait le giftoman qui consentirait à accorder en fiançailles la même jeune fille à plusieurs, il sera puni d'une amende de 30 dalers, dont moitié pour le roi et moitié pour le baillage ou la ville, et sans préjudice des dommages-intérêts (art. 4).

Les mêmes dispositions et les mêmes peines s'appliquent lorsque les fiançailles sont nulles comme conclues au mépris d'un empêchement légal au mariage, s'il y a par exemple parenté au degré prohibé (art. 6).

Le code suédois se montre particulièrement ri-

goureux lorsque des fiançailles régulières ont été suivies de cohabitation ou de grossesse. Elles constituent « un mariage imparfait » qui bien qu'irrégulier et ne produisant l'ensemble des effets civils attachés au mariage qu'après une célébration régulière, ne peut cependant être rompu que pour les causes qui entraineraient le divorce. La fiancée enceinte a d'abord le droit de requérir l'accomplissement du mariage, même si les fiançailles avaient été faites sous des conditions qui ne se sont pas encore réalisées. Si le fiancé refuse ou persiste dans son refus, la femme sera déclarée par le juge son épouse légitime mais quant aux biens seulement. Ce n'est qu'à partir de cette déclaration que commence le régime des biens entre époux. Ce jugement confère à la fiancée le droit de jouir sur ces biens de tous les droits que lui accorde la loi. Là s'arrêtent les effets de ce jugement : le mari ne devient pas le représentant légal (maolsman) de la femme et celle-ci n'acquiert pas le rang et le nom de son mari. Les mêmes règles s'appliquent si c'est la fiancée qui refuse de se marier ou si la cohabitation n'a pas été précédée de fiançailles régulières, il faut cependant dans ce cas que les parents de la jeune fille consentent au mariage (art. 9). Si le fiancé conteste la promesse de mariage, les tribunaux ont un pouvoir souverain d'appréciation. Faite dans la forme régulière et jugée valable comme telle, si la fiancée est enceinte ou si le fiancé a présenté la future épouse à l'Eglise comme sa fiancée,

la promesse est à ce point obligatoire que le jeune homme n'a pas le droit de revenir sur son engagement même si la jeune fille se montre prête à l'en tenir quitte (art. 10). Dans le cas où le futur époux abandonne sa fiancée après l'avoir rendue mère, l'abandon est une cause d'annulation de l'engagement de la part de la fille trompée et entraîne les conséquences qui sont attachées au divorce, on applique les mêmes règles qu'entre mari et femme (art. 11). Quant aux enfants des fiancés, même conçus avant la promesse, ils sont légitimes et leur mère jouit à leur égard des droits de la femme légitimement mariée (chap. 5, art. 1).

Les donations en numéraire ou en biens meubles que les fiancés se sont faites en vue du mariage doivent être rendues, en cas de décès de la fiancée avant la célébration, à ses parents ou à ses héritiers; le jeune homme a le droit de reprendre ce qu'il avait donné. Si c'est lui qui prédécède la jeune fille reprend ce qu'elle a donné mais conserve ce qu'elle a reçu en biens meubles (art. 8).

La loi suédoise de 1734 règle en détail les formalités nécessaires pour que les fiançailles puissent produire les effets que nous venons d'exposer. Elles doivent être célébrées en présence de celui qui est investi du droit de puissance sur la jeune fille, le *giftoman*. Sinon celui-ci peut en demander la nullité et les contrevenants sont punis d'une amende de 10 dalers au profit des pauvres, à moins qu'il ne consente à donner sa ratification pos-

térieure qui a pour effet de couvrir la nullité de l'acte (chap. III, art. 1). Quatre témoins, deux pour chacune des parties, doivent aussi assister à la promesse. A défaut de cette forme il peut y être suppléé, et les mêmes effets se produiront, par une promesse écrite et approuvée par le giftoman (art. 2). Il faut remarquer cependant que les filles majeures ayant été dispensées du consentement du giftoman pour le mariage (1), la même dispense doit s'appliquer à fortiori pour de simples fiançailles. Si un autre que le giftoman s'arrogeait le droit d'autoriser des fiançailles, il serait passible d'une amende de 15 dalers et les fiançailles ainsi contractées seraient nulles (art. 3), (2).

Certaines circonstances peuvent se produire qui constitueront un juste motif de dédit et permettront à l'une des parties de se délier de son engagement sans encourir aucune responsabilité. Il peut se faire que les fiançaille n'aient été contractées que sous l'empire d'une contrainte, la partie qui en aura été victime peut impunément se dégager lorsque cette contrainte aura cessé, à moins que les fiancée n'aient eu des relations intimes (chap. 4, art. 1). Si avant ou après les fiançailles, l'une des parties devient atteinte d'une maladie secrète, contagieuse, incurable ou d'infir-

(1) Ordonnance royale du 8 novembre 1872.

(2) Il est à remarquer l'analogie qui existe entre les formalités suédoises requises pour la constatation de l'échange des consentements en matière de fiançailles et celle de la loi françaises pour la célébration de mariage.

mités graves ou repoussantes, la promesse doit être annulée (art.2). Il en sera de même lorsque des fiancés qui n'auront pas encore eu de relations intimes désireront mutuellement se séparer, ils devront en informer l'autorité ecclésiastique en suite de quoi les fiançailles seront anulées (art. 4). La même solution s'applique au cas où des causes de graves mésintelligences seraient survenues entre les fiancés alors même que l'un voudrait maintenir l'engagement tandis que l'autre voudrait rompre. Si ces motifs de discorde sont imputables à l'une des parties, celle-ci devra attendre pour pouvoir contracter mariage avec une autre personne que l'autre partie ait trouvé un autre parti de mariage, sans préjudice de tous dommages-intérêts (art 5). L'homme qui aurait amené une femme à se fiancer avec lui au moyen d'une fausse identité ou de fausses indications, doit être puni d'une amende de 80 dalers dont moitié pour sa future épouse trompée et moitié pour les pauvres, il perd en outre tous les présents qu'il avait faits; ces fiançailles doivent enfin être annulées. S'il s'agissait d'un mariage contracté à la suite de pareilles fraudes, et si les époux ne peuvent se mettre d'accord, l'amende est du double, l'homme noté d'infamie et le mariage annulé (art. 6). Dans les hypothèses suivantes un pouvoir d'appréciation est laissé aux tribunaux qui peuvent accorder ou refuser l'unnulation de l'engagement. Il en sera ainsi dans le cas où le fiancé abandonne de son plein gré sa fiancée et reste éloigné d'elle pendant un an

et un jour (art. 8). De même si avant ou après les fiançailles l'une des parties cohabite avec une tierce personne on commet un acte déshonorant, pourvu toutefois que ce fait n'ait pas été connu auparavant car il n'autoriserait pas alors l'annulation (art. 3). Enfin peuvent être déclarées rompues les fiançailles contractées en état d'ivresse (art. 7).

Disons en terminant que ces prescriptions si complètes du code suédois sont à peu près tombées en désuétude ; les formalités nécessaires à la validité des fiançailles ne sont plus observées dans les classes supérieures et par suite l'engagement contracté n'est plus susceptible d'aucun effet civil.

Allemagne. — Autriche. — Hongrie.

Le droit allemand a subi une évolution dans notre matière. Au début nous retrouvons les anciens principes germaniques encore en vigueur, quoique atténués. Le mariage est toujours précédé des fiançailles (Verlobniss) solennellement contractées par les futurs époux en présence de leurs familles. Elles ont pour but et pour effet de faire passer le droit de tutelle que détient le père de la jeune fille sur

la tête du fiancé et avec lui toutes les conséquences qui en dérivent. Cette transmission du droit de tutelle se faisait en justice, in mallo, et son importance nous est révélée par les mots qui servent à désigner l'époux (gemahl) et la célébration du mariage (vermählung). Le contrat de fiançailles engendrait entre les deux parties un lien de droit, une obligation qu'elles ne pouvaient enfreindre sous peine d'une composition pécuniaire elevée et si un enfant était né des relations entre fiancés après fiançailles régulières (brautkind) il était réputé enfant légitime. L'union conjugale n'était, en effet, subordonnée à aucune forme solennelle et elle était réputée parfaite à la suite de la cohitation effective : « Wo die Decke Mann und Weib beschlagen hat. » Les fiançailles étaient donc une époque très importante dans la formation du mariage puisque c'étaient elles qui contenaient l'échange solennel des consentements après lequel la simple cohabitation suffira pour la perfection de la validité de l'union. Mais de tels effets ne se produiront que lorsque il y aura eu fiançailles régulièrement célébrées et lorsque la jeune fille aura obtenu le consentement de ses parents, à leur défaut celui de ses proches ou tout au moins celui de son tuteur. Si ces conditions ne sont pas réunies, elle sera au contraire déchue de ses droits héréditaires comme ayant manqué à ses devoirs de piété familiale (1).

(1) Stat. de Hambourg de 1276, ch. VI, art. 7 ; état de Nordhausen de 1300 art. 112 ; Gerichtsbuch de Bamberg 1306-1333, nº 84.

Sous l'influence de l'Eglise la matière du mariage fut régie par le droit canon et les fiancés chrétiens durent célébrer leur mariage en la forme religieuse. Outre les fiançailles solennelles faites devant les parents il fallut encore la bénédiction religieuse et les promesse du mariage durent suivre les règles du droit canonique. Tel est le droit en vigueur pendant tout le moyen âge et dont le principe subsiste jusqu'à la loi d'empire de 1875. Suivant les provinces c'est le mariage catholique ou protestant qui est admis. Une réaction se fit cependant. Depuis longtemps le mariage civil était considéré par les jurisconsultes allemands comme la conséquence nécessaire des rapports modernes de l'Eglise avec l'Etat. Cette question inscrite en 1848 par le parti révolutionnaire dans sa constitution, reprise par la diète de l'Allemagne du nord en 1867, et en 1869 par le congrès des jurisconsultes réuni à Heidelberg, aboutit à la loi votée par le Reichstag et promulgué le 6 février 1875,applicable à toute l'Allemagne, et qui sécularise la matière du mariage. Cette loi s'occupe des fiançailles dans l'article 76 qui nous dit : « les procès relatifs aux fiançailles sont désormais de la compétence exclusive des tribunaux civils. » Elle ne relèveront donc plus, sous aucun rapport, des autorités spirituelles, mais elles continuent d'exister et demeureront régies par lois locales (landrecht) antérieures des différentes provinces. Il n'y a pas en effet une loi unique pour notre matière qui s'applique à tout l'empire. Chaque

duché a sa loi civile propre qui subsiste et qui régle les effets des promesses de mariage.

Toutes ces lois locales reconnaissent l'existence des fiançailles, mais leur caractère est changé. Elles n'ont plus pour but l'acquisition par le fiancé du droit de tutelle sur la femme, elles sont réduites à une simple promesse de mariage. Malgré cela, et pour qu'elles produisent les effets juridiques importants dont nous allons parler, il faut toujours que le consentement des parents, du tuteur ou du conseil de famille ait été obtenu : l'absence de cette condition entraîne la nullité de la promesse et l'assimile à de simples pourparlers encore bien qu'il y ait eu cohabitation subséquente. Le Code bavarois contient même certaines dispositions pénales très dures pour réprimer le manque de respect qui a été ainsi fait à la volonté des parents. Ceux-ci ne sont plus tenus de fournir des aliments à leurs enfants, ils peuvent même les exclure de leur succession si ce sont des garçons quand ils se sont mariés avec des femmes de mauvaise réputation et si ce sont des filles leur part peut être réduite à la moitié de ce qu'elles auraient eu dans l'héritage. Dans le cas il n'y aura pas eu mésalliance la dot seule sera perdue. De même, la force obligatoire des fiançailles n'existera qu'autant que la promesse aura été faite suivant une certaine forme et par écrit : en justice ou devant un notaire commissaire de justice s'il s'agit de bourgeois, en présence des baillis et assesseurs s'il s'agit

de gens de la campagne ou de la classe commune (1), ou encore devant un certain nombre de témoins(2). Dans certaines contrées au contraire, l'Autriche, la Hesse grand ducale par exemple, aucun condition de forme n'est exigée (3).

La plupart des législations des états Allemands ne reconnaissent aux promesses de mariage aucune force obligatoire en ce sens que l'une des parties ne peut être contrainte par l'autre à accomplir le mariage, c'est un contrat susceptible de résiliation unilatérale et ne pouvant former aucun empêchement à un autre mariage. Le landrecht prussien fait cependant exception (4). Les fiançailles donnent ouverture à une action en justice pour réclamer le mariage. Si la partie s'y refuse et se désiste sans motif légitime, elle est condamnée à des dommages-intérêts évalués même au dela du dammun emergens et peut-être contrainte par des amendes successives. Elle perd en outre, si elle persiste dans son refus, les présents qu'elles a faits, doit restituer ceux qu'elle a reçus, payer toutes les dépenses, perdre le quart de tous les avantages qu'elle avait faits à son futur conjoint, donner une satisfaction légale. Elle peut être enfin condamnée à une amende ou à un emprisonnement proportionné à la nature de sa légèreté prouvée et à celle du préjudice occasionné. Ce mode de contrainte direct n'est plus recevable

(1) Landr. pruss. II, 1, § 82.
(2) Code Saxon. — Loi de Lubeck 19 août 1863. — Loi du Slesw, Holst.
(3) Loi de Hesse du 18 avril 1877, 1.
(4) Landrecht, pruss. II, 1, § 82, 99, 112, 114, 116 et 117.

depuis que le code de procédure allemand (art. 774 al. 2 et 779 al. 2) a interdit de l'exécuter par voie parée. Dans le cas cependant de promesses de mariage faites sous condition, renvoyées à une époque incertaine et conçues dans des termes vagues tels que « s'il est possible » ou « suivant l'occasion », la loi prussienne admet qu'elles peuvent être retractées par les deux parties ou par chacune d'elles séparément tant que la condition n'est pas remplie ou que le délai pas terminé, mais le délai de deux ans est celui le plus long pour attendre l'accomplissement du mariage. A Bade et à Brême, les promesses de mariage n'engendrent aucun effet civil et ne donnent même pas lieu à des dommages-intérêts en cas de rupture (1). La majorité des lois locales adopte une opinion intermédiaire. Le juge, après avoir prononcé qu'il y a lieu pour le défendeur d'accomplir sa promesse, le condamne seulement en cas de refus non justifié à des dommages-intérêts limités aux pertes matérielles et sans tenir compte des avantages que devait offrir l'union projetée (2), sauf le droit du défendeur de se soustraire à la condamnation en accomplissant le mariage. La clause pénale est permise en Bavière et en Prusse, elle est prohibée au contraire en Saxe et à Brême (3). Là où elle

(1) Loi bad. 21 déc. 1869, art. 65. — Loi brêm. 31 oct. 187 5, art. 2.

(2) C. Saxe, art. 1579, 1581. — C. Würtemb. 8 août 1875, art. 4. — C. Hess. 18 avril 1877, art. 4.

(3) Landr. bavar. I, art. 6, § 11, 10°. — Landr. pruss. II, art. 1, § 113. — C. Saxe, art. 1580 — L. Brême, art. 2. — C. Autrich. art 45, 46. — C. Hongr. L. XXXI, art. 1 à 5.

est permise c'est elle qui fixe le taux des dommages-intérêts.

Toute rupture sans motifs légitimes entraîne la reddition des arrhes qui ont pu être données à la partie coupable, la partie innocente peut à l'inverse conserver celles qu'elle a reçues (1). Il en est de même pour les présents d'usage ; la partie qui rompt doit abandonner ceux qu'elle a faits et restituer ceux reçus. Mais si la rupture est faite d'un commun accord, chaque partie reprend ce qu'elle avait donné(2), sauf le cas de décès où le survivant conserve ce qu'il a reçu. Le droit à l'indemnité et à la répétition des cadeaux se prescrit par une année à compter de la dernière sommation qui est demeurée infructueuse.

Tous ces effets ne se produisent que lorsque la rupture est injustifiée, ils n'ont pas lieu lorsque la partie qui se dédit peut expliquer sa conduite par un motif valable. On peut citer : la conduite immorale de l'un des fiancés, la condamnation criminelle ayant force légale à une peine infamante ou à une punition déshonorante, la prodigalité, l'ivrognerie, le libertinage, le divorce prononcé, l'existence d'une maladie contagieuse, repoussante, vénérienne surtout, incurable, d'une difformité corporelle survenue depuis les fiançailles, d'une erreur ou d'une fraude relativement à la fortune, ou même un simple changement postérieur soit dans la fortune soit

(1) Land. pruss., II, 1 § 112. – C. Sax., art. 1583 et s.
(2) Landr. pruss., II, 1 § 122. — C. Sax., art. 1584.

dans la religion, en un mot toutes les raisons qui permettent de présumer que le mariage sera malheureux.

Quant aux législations qui, comme le Landrecht prussien, rangent les fiançailles parmi les empêchements prohibitifs à un autre mariage, elles ont été abolies par la loi sur l'état civil du 6 février 1875.

L'effet le plus original produit par les fiançailles est relatif aux « brautkinder ». Ce sont les enfants conçus postérieurement à des fiançailles régulières et nés avant le mariage Ils sont considérés comme enfants légitimes et nés à la suite d'un mariage contracté. Le code saxon va même plus loin et étend cette assimilation aux enfants même conçus avant les fiançailles pourvu qu'ils soient nés depuis (1). Cette disposition que nous avons déjà trouvée dans l'ancien droit allemand et qui paraît au premier abord immorale s'explique par l'origine même des fiançailles. Lorsque elles avaient été solennellement contractées, elles étaient en effet le point essentiel de la formation du mariage qui devenait parfait ensuite par la simple cohabitation. La consécration religieuse n'était pas encore exigée et ce n'est que plus tard qu'a pris naissance l'idée de la nécessité de la bénédiction nuptiale comme condition même d'un mariage régulier.

Telle était la législation en vigueur dans l'empire d'Allemagne jusqu'à ces derniers mois. Le nouveau Code civil promulgué le 18 août 1896 pour entrer

(1) C. Saxe, art. 1578.

en vigueur le 1er janvier 1900 est venu modifier les législations préexistantes et doter l'empire d'une loi uniforme. Notre matière s'y trouve soigneusement réglementée. (1). Tout d'abord les fiançailles ne peuvent plus avoir pour effet, comme dans certaines provinces, de contraindre les parties à la célébration même du mariage, et toute clause pénale stipulée pour le cas où le mariage ne serait pas contracté est nulle, art. 1297. Les fiançailles n'ont donc aucune valeur juridique et ne peuvent obliger les parties à exécuter ce qu'elles ont promis. En cas de rupture sans motif, le fiancé récalcitrant est tenu envers l'autre, les père et mère de celui-ci, ainsi qu'envers les tiers qui ont agi à la place des père et mère, de réparer le dommage résultant des dépenses faites ou des obligations contractées en vue de l'union future. Il est tenu en outre, mais vis-à-vis seulement de l'autre fiancé, de réparer le dommage résultant pour celui-ci des nouvelles dispositions qu'il a prises au sujet de ses biens ou de ses moyens d'existence, art. 1298, § 1. En un mot il doit réparation du damnum emergens, mais non du lucrum cessans. Encore faut-il que les dépenses faites, les obligations contractées, les dispositions prises aient été nécessaires pour donner lieu à réparation, ou tout au moins qu'elles aient été raisonnables. L'auteur du dédit n'en sera tenu que dans cette mesure, art. 1298, § 2. Mais si la rupture est fondée sur

(1) C. civ. allemand, liv. IV. (Familienrecht), sect. I, tit. I. fiançailles (verlobniss). — Art. 1297 à 1303-2077-2275.

un juste motif, aucune réparation ne sera due, à la condition que la preuve de la gravité de l'excuse ait été faite par celui qui a rompu, art. 1298, § 3. Enfin si l'un des fiancés provoque la rupture de la part de l'autre par une faute grave qui est laissée à l'appréciation du tribunal, c'est lui qui devra les dommages-intérêts dans la mesure indiquée par l'article précédent, art. 1299.

Lorsqu'une fiancée sans reproche a permis à son fiancé de cohabiter avec elle sur la foi d'une promesse, la rupture survenant sans motif de la part de celui-ci, ou rendue nécessaire par sa faute, donne droit à celle-ci d'exiger un dédommagement équitable en argent même pour le dommage qui n'est pas causé à ses biens. « Ce droit (défloration-spruch) n'est pas transmissible et ne passe point aux héritiers à moins qu'il n'ait été reconnu par contrat ou ne fasse l'objet d'une instance pendante. (1) » art. 1300.

Quant aux cadeaux et autres « signes de fiançailles » qui ont été échangés, chaque partie peut en exiger la restitution fondée sur un enrichissement sans cause. En cas de décès cependant de l'un des fiancés, on présume, s'il y a doute, que la restitution ne doit pas avoir lieu, art. 1301. D'après le projet de Code civil la restitution était fondée non pas sur l'enrichissement sans cause mais parce que ces divers dons étaient réputés faits sous la condition

(1) Il est à remarquer que cette disposition ne figurait pas dans le projet du Code civil.

tacite que le mariage s'ensuivrait ou que les fiançailles subsisteraient jusqu'au décès de l'une des parties. (1)

Enfin l'article 1302 édicte une disposition qui ne se trouve pas dans notre droit français, il décide que « les droits prévus aux articles 1298 à 1301 se prescrivent par deux ans à partir de la rupture des fiançailles. » (2) Une solution analogue à celle de l'article 1301 s'applique en cas de disposition de dernière volonté par laquelle un fiancé a gratifié l'autre ; l'article 2077 décide qu'elle sera sans effet lorsque les fiançailles auront été rompues avant la mort du testateur, à moins qu'il fut prouvé que le défunt l'aurait maintenue même dans ce cas. La même solution s'applique au pacte successoire entre fiancés lorsque un tiers y est gratifié. En effet, selon l'intention présumée des futurs époux, l'institution du tiers dépend de l'existence des fiançailles, elle doit donc tomber en même temps que la promesse de mariage : art. 2279 § 2. A propos de la conclusion d'un pacte successoire, l'article 2275, assimile la capacité du fiancé à celle de l'époux. Après avoir dit qu'il faut avoir une capacité de contracter illimitée pour conclure un tel pacte, il permet au fiancé comme à l'époux de consentir, comme disposant, un pacte successoire avec son futur conjoint même lorsque sa capacité de contracter est

(1) Article 1229 du projet de Code civil.

(2) Le projet de Code civil réduisait la durée de cette prescription à une année.

restreinte. Il lui faudra seulement l'assentiment de son représentant légal et si celui-ci est un tuteur l'approbation du tribunal des tutelles. La même capacité est accordée au fiancé pour révoquer le le pacte successoire ou la disposition contractuelle, art. 2290.

Quant à l'effet des promesses de mariage sur les enfants conçus après les fiançailles le nouveau code le supprime. Désormais les « brautkinder » seront assimilés aux simples enfants naturels. La loi d'introduction au code civil règle, dans une disposition transitoire la situation de ceux qui sont nés avant la mise en vigueur de la nouvelle loi : « L'on détermine d'après les lois antérieures la mesure dans laquelle l'enfant naturel engendré avant la mise en vigueur du code civil, a droit pour une cause particulière, spécialement à cause de sa conception pendant les fiançailles, à la position juridique d'enfant légitime et la mesure dans laquelle le père et la mère de pareil enfant ont les devoirs et les droits de père et mère légitimes. » art. 208 § 2. (1)

(1) Il faut remarquer que le Code civil allemand ne s'étend pas à l'Autriche et à la Hongrie. Les dispositions de la loi ancienne qui subsiste pour ces deux pays sont d'ailleurs analogues.

Suisse.

La matiére du mariage est réglementée d'une façon uniforme pour tous les cantons de la Confédération helvétique par la loi fédérale du 24 décembre 1874, publiée le 27 janvier 1875 et mise en vigueur le 1er janvier 1876. Cette loi se rapproche beaucoup de celle votée par le parlement allemand à la même époque, et à son exemple elle laisse subsister les législations cantonales en ce qui concerne les effets juridiques des promesses de mariage. Elle ne fait mention de ces promesses dans les articles 29 et 30 que pour les ranger parmi les formalités prescrites pour la célébration du mariage et dire que lorsqu'elles sont faites devant l'officier de l'état civil, soit de vive voix par les futurs époux, soit par écrit, elles constituent la base de la publication du mariage.

Les codes cantonaux leur attribuent des effets beaucoup plus importants. Pour eux, elles engendrent une véritable obligation sanctionnée par la loi et non pas seulement une simple formalité nécessaire à la célébration (1). Ces lois particulières

(1) Appenzell, droit de famille, art. 1 et 2. — Argovie, C. civ., art 45-47. — Bâle-campagne, ord. de 1747, 1-9. — Bâle-ville, ord. de 1837, 22-26. — Berne, C. civ., 47-50. —

sont cependant limitées par le principe posé par la loi fédérale en vertu duquel les parties doivent conserver toute la liberté de leur consentement jusqu'au moment de la célébration du mariage. Il en résulte que tout mode de contrainte direct est aboli ainsi que les conséquences pénales qui seraient attachées à la rupture et qui arriveraient au même résultat. Quant à la clause pénale qui aurait été stipulée, elle ne sera valable que dans la limite où elle se concilie avec la liberté de dédit (1).

L'effet général et essentiel de la promesse de mariage, consacré par la grande généralité des lois locales, consiste à accorder, en cas de rupture non justifiée à la partie lésée, le droit d'obtenir une indemnité proportionnée au dommage souffert, évaluée d'après les circonstances de la cause (einen verhältnissmässigen Abtrag). D'ordinaire la condamnation ne comprend que la réparation du préjudice éprouvé (Schadenersatz) dont le juge déterminera le chiffre, mais dans certains cantons comme ceux d'Argovie (art. 47), des Grisons (art 24, 25), de Thurgovie (art. 18-28), de Soleure (art. 82),

Fribourg, loi du 27 nov. 1875, 20-25. — Glaris, C. civ., 144-147. — Grisons, C. civ., 20-26. — Neuchâtel. Cod. proc. civ., 946, 947. — Saint-Gall. loi du 27 nov. 1878, 32. — Schaffousse, C. civ., 58-68. — Tessin, C. civ., 48, 49. — Thurgovie, C. civ., 25-35. — Valais, C. civ., 77, 78, et loi du 2 déc. 1875. — Vaud, C. civ., 61 et loi du 31 août 1875. — Zoug, C. civ., 24. — Zurich, C. civ., 576-582, 892, 896-898. — Genève est régi par le Code civil français.

(1) Est nulle toute clause pénale stipulée pour le cas où le mariage ne s'ensuivrait pas, art. 579, c. Zurich. — Contra, c. Argovie, art. 47.

de Zurich (art. 581), de Berne (art. 49), la partie délaissée a en outre le droit de demander une indemnité qui s'appliquera même au gain manqué, au lucrum cessans. Cette satisfaction (Genugthuung) sera évaluée d'après la fortune et la position des parties ainsi que la gravité des torts. En Argovie et dans le canton de Vaud la promesse est valable et obligatoire par elle-même, et une action est donnée pour contraindre au mariage. Mais si la partie persiste dans son refus aucune sanction directe n'est possible et elle ne peut être condamnée qu'à des dommages-intérêts. A Berne, le fiancé coupable est puni même d'un emprisonnement de quatre à vingt jours lorsque le caprice est manifeste ou que la rupture cause un scandale public. (1). L'indemnité sera due aussi par le futur, qui, lors des fiançailles, a caché à l'autre un empêchement au mariage connu de lui (2). Lorsque une grossesse est survenue en suite des fiançailles, le fiancé infidèle doit, en plus de l'indemnité accordée à la mère, supporter les frais de l'éducation de l'enfant (3). Il suffira pour cela, en dehors de l'aveu du défendeur, que la femme, lorsqu'elle est de bonne vie et mœurs, affirme être devenue enceinte en suite des fiançailles et produise à l'appui de son allégation une preuve écrite, ou un seul témoin valable ou même des présents de fiançailles ou tout autre pré-

(1) Berne, C. civ., art. 48.
(2) Saint-Gall, loi du 27 novembre 1873, art. 32.
(3) Bâle-ville, C. civ., art. 32.

somption grave. Le juge a le droit de déférer le serment soit à elle soit à son fiancé ou même de statuer en dehors ce mode de preuve (1). Une promesse de mariage régulière vaut pour un an comme promesse conditionnelle, mais si avant la fin de l'année il survient une grossesse, c'est comme si la condition venait à défaillir et la promesse devient pure et simple. Si elle est faite sous réserve de conventions matrimoniales équitables à régler ultérieurement, elle est réputée non conditionnelle et le tribunal matrimonial peut régler équitablement et d'office la situation des parties dans le cas où elles sont en désaccord (2). Dans le canton de Fribourg, si la promesse a été suivie de publication, elle cesse d'être valable si dans les six mois de la publication le mariage n'est pas célébré (art. 22); dans le cas contraire, elle reste soumise aux dispositions du Code civil, art. 22.

En principe, la rupture des fiançailles entraîne la restitution des cadeaux échangés; cette règle est formelle dans tous les cantons de la Suisse allemande. Mais lorsqu'elle est sans motifs suffisants, la partie délaissée a le droit de retenir les présents qu'elle a reçus. L'action en restitution, de même que celle en dommages-intérêts, se prescrit par six mois à dater de la rupture, elle est strictement attachée à la partie qui en est investie et s'éteint si celle-ci meurt avant de l'avoir intentée (3). S'il n'y a pas eu de

(1) Bâle-ville, art. 23.
(2) Bâle-ville, art. 24 et 25.
(3) Zurich, art. 582.

rupture nettement déterminée, par exemple dans le cas où l'un des futurs époux s'est éloigné à l'insu de l'autre, il appartient au juge de fixer d'après les circonstances le point de départ de la prescription. Dans le cas où une même personne aurait contracté plusieurs fiançailles régulières, chaque partie trompée a le droit de se dédire et d'invoquer à son profit les effets que nous venons d'exposer.

Pour que ces effets prennent naissance il faut que les fiançailles aient été régulièrement formées. Il faut d'abord le consentement des parents, ou du tuteur si le fiancé est mineur ou à défaut l'autorisation du juge. Si le fiancé est orphelin et majeur il faut en outre que l'engagement soit pris devant deux témoins impartiaux (1). La promesse peut aussi se trouver contenue dans un contrat redigé devant notaire ou des témoins dans le canton de Berne ou être faite devant l'officier de l'état civil conformément à l'article 31 de la loi fédérale ou enfin être exprimée par acte sous seing privé dûment légalisé (2). Bien entendu il faut qu'il n'y ait pas d'empêchement légal au mariage (3).

Une seconde condition nécessaire pour que les dommages-intérêts soient accordés est que la promesse soit prouvée. Elle le sera par la reconnaissance écrite de la partie qui la conteste ou si la famille de celle-ci atteste que la promesse a été por-

(1) Bâle-ville, art. 22.
(2) Fribourg, loi du 27 nov. 1875, art. 20.
(3) Saint-Gall, loi du 27 novembre 1873, art. 32.

tée à sa connaissance. Mais il faut remarquer d'une part que la famille ne peut être contrainte de déposer contre l'un de ses membres et d'autre part que le fiancé demandeur ne peut invoquer le témoignage de sa propre famille, réputé partial (1). La preuve sera faite aussi s'il est démontré qu'on s'est conformé aux usages et coutumes habituels, s'il y a eu par exemple échange d'anneau ou si à défaut de semblables usages l'attitude et la conduite des parties pendant un temps prolongé mettent hors de doute l'existence des fiançailles.

Enfin la pernière condition exigée est que la rupture ne repose pas sur un juste motif. On peut citer comme cause particulières de dédit, les procédés grossiers ou méprisants, le changement de religion, la ruine complète ou la faillite et plus généralement « toutes les causes qui résolvent les conventions et spécialement toutes celles qui annulent le mariage ou fondent le divorce.» (2).

Dans certains cantons de la Suisse allemande tels que ceux de Glaris, des Grisons, de Schaffouse, de Thurgovie, de Vaud et de Zurich, les fiançailles produisent des effets plus étendus, elles forment aux termes de l'article 576 du Code Zurich une véritable « relation de famille. »

Les enfants des fiancés (*brautkinder*) nés avant mariage sont considérés comme enfants légitimes et héritent de leur parents (3), alors même que le

(1) C. procéd. Zurich, art. 158 et 1157.
(2) Fribourg, art. 25.
(3) Zurich. C. civ. art. 892. — Thurgovie, art. 221.

mariage n'est pas célébré si l'obstacle qui en a empêché la célébration a été indépendat de la volonté des époux (1).

A la suite de fiançailles régulières les futurs époux acquièrent dans le canton de Zurich, un droit réciproque sur la succession du prémourant, art. 896. Le montant en est fixé par l'article 898 ainsi conçu : » En cas de décès de l'un des fiancés avant la célébration du mariage, l'autre obtient en toute propriété : 1° les présents de fiançailles qui avaient été faits au prémourant, s'ils existent encore en nature ; 2° si le prémourant ne laisse pas de descendants légitimes, un dixième de sa succesSion nette. » L'article 897 nous indique comment se détermine le montant de la succession nette.

Angleterre.

Dans l'ancien droit anglais les fiançailles avaient une grande importance car la règle du droit canonique qui donne au seul consentement la force nécessaire pour engendrer le mariage était admise en Angleterre, la bénédiction nuptiale n'étant, comme en France à l'origine, qu'un pieux usage.

(1) Vaud, loi du 31 août 1875.

Cette doctrine du mariage consensuel n'a pas été modifiée par la Réforme, et on lit dans : l'état chrétien de mariage (1). « Tout homme doit considérer la personne vis-à-vis de laquelle il s'est engagé comme sa propre épouse quoique il ne l'ait point fait à l'église ou en public. Après que l'engagement a été pris, que le contrat a été fait, il ne faut pas trop longtemps tarder à aller à l'Eglise et à célébrer le mariage. » Les fiançailles sont donc un préliminaire important du mariage. Actuellement leur valeur juridique n'existe plus au point de vue de loi civile. Aujourd'hui non seulement une promesse de mariage ne vaut pas mariage, mais encore n'engendre aucune action pour contraindre la partie récalcitrante à tenir son engagement (2). Elle ne donne lieu éventuellement qu'à une action en dommages-intérêts lorsque le défendeur ne peut pas invoquer une excuse à son dédit, et lorsqu'il avait l'âge requis pour s'obliger valablement, c'est-à-dire était parvenu à l'âge de vingt et un ans ; dans ce cas une indemnité sera due seulement. Si la promesse avait été faite par un mineur, le droit commun serait applicable et n'autoriserait, ici comme ailleurs, aucune espèce d'action (3). Cependant, à l'inverse de la solution admise par jurisprudence française, l'indemnité accordée ne s'étend pas seu-

(1) Christian state of matrimony, traité moral et religieux publié en 1543 pour faire connaître les opinons de la nouvelle église sur le mariage.

(2) George II, stat. 29, ch. 33.

(3) Infant's relief. Act. stat. 37 et 38, Vict. ch. 62.

lement à la perte matérielle et au préjudice moral, elle comprend en outre le gain manqué, les avantages perdus, en un mot le lucrum cessans. C'est l'application du droit commun en matière de contrats ; la promesse n'est pas reconnue en tant que convention spéciale, elle rentre dans la théorie générale des obligations. Au point de vue pratique cette sanction indirecte des fiançailles constitue une peine très sévère pour les engagements rompus inconsidérément, car les tribunaux anglais prononcent des peines pécuniaires très élevées. C'est ainsi que le lieutenant Peyton fut condamné par la Cour du Banc-du-Roi à payer trois cents guinées de dédommagement à Mme veuve Along à qui il avait promis de l'épouser (1). C'est ce qui fait dire à un auteur : « Une jeune fille n'ayant pas trop de scrupules et ayant possédé une série de fiancés, trouve la loi très bien faite, à la seule condition toutefois que les défendeurs puissent payer les frais et les dommages-intérêts accordés par le juré (2). » Il n'y a aucun délai pour intenter l'action, de même qu'il n'y a pas de temps limité pour l'exécution de la promesse. Le tribunal appréciera la durée dans laquelle le défendeur aurait dû tenir sa parole. Mais les fiançailles ne produisent aucun autre effet. Même suivies de cohabitation ou de grossesse, elles ne peuvent tenir lieu d'une célébration régulière ni influer sur

(1) Journal des débats du 9 juin 1816 à l'article de Londres.

(2) Pavitt, le droit anglais codifié. — Il en est de même aux États-Unis.

l'état des enfants issus de cette union. La grossesse et la cohabitation n'entreront que dans le calcul de la réparation pécuniaire.

Il en est toutefois différemment en Ecosse. Si la cohabitation entre les fiancés est prouvée et si la promesse a été dûment constatée, notamment par écrit, les fiançailles se convertissent en mariage. La loi voit là un consentement tacite au mariage qui n'a besoin d'aucune autre forme, à la condition cependant que les fiançailles et la cohabitation aient eu lieu en Ecosse. Chaque partie a le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire constater la réalité de cette union et si les juges déclarent le fait, les fiancés sont unis comme s'ils avaient contracté un mariage régulier devant l'église. Nous avons vu une règle analogue dans le vieux droit germanique en vigueur encore jusqu'à ces derniers temps dans certaines provinces de l'Allemagne, et dans la loi suédoise.

Italie. — Espagne. — Portugal. — Pays-Bas.

Avant la promulgation du nouveau Code civil italien, mis en vigueur le 1er juillet 1866, les législations des anciens états de l'Italie accordaient une valeur juridique aux fiançailles. C'est ainsi que le

Code Albertin, en vigueur dans les états Sardes, reconnaissait les fiançailles lorsqu'elles avaient été contractées devant l'Eglise ; d'après le Code des Deux-Siciles il fallait que la promesse ait été faite devant l'officier de l'état civil, art. 148. Le Code Albertin ne reconnait qu'à l'autorité ecclésiastique le droit de se prononcer sur la validité des fiançailles ; il proclame au début « la religion catholique, apostholique, romaine, seule religion de l'Etat. Le roi se fait gloire d'être le protecteur de l'Eglise et d'assurer l'observation des lois qu'elle rend dans les matières soumises à son autorité. » En cas de rupture de la promesse de mariage la partie pourra cependant réclamer par devant le tribunal de judicature-mage, la réparation du dommage qu'elle a réellement souffert ; mais le juge ne pourra pas tenir compte pour cette évaluation du dommage éventuel ou de la clause pénale qui aurait été stipulée. Le nouveau code civil a opéré une véritable révolution en sécularisant le mariage. Il consacre deux articles à notre matière en tête du titre du mariage. L'article 53 déclare nulles les promesses faites entre futurs époux de contracter ensemble mariage ; elles n'engendrent ni obligation légale de contracter, ni obligation d'accomplir la prestation qui a été stipulée pour le cas d'inexécution de la promesse. Cette promesse autorise cependant la partie délaissée à réclamer une indemnité au fiancé infidèle, mais pour réparer seulement le préjudice matériel résultant des « dépenses motivées par cette promesse de

mariage », art. 54. Encore faut-il pour que cette action soit recevable que plusieurs conditions soient réunies. Il faut d'abord que le fiancé ne puisse pas invoquer un juste motif de rupture ; il faut ensuite que la promesse ait été faite dans un acte public ou sous seing privé ou bien qu'elle résulte des publications faites par l'officier de l'état civil. Le code italien prohibe donc la preuve testimoniale dans notre matière pour éviter des procès scandaleux et toujours difficiles à apprécier, on peut lui faire les mêmes critiques que celles qui ont été formulées contre les partisans de cette doctrine dans le droit français. Il faut en outre, si la promesse émane d'un mineur, qu'il soit autorisé des personnes dont le consentement est nécessaire à la validité du mariage. Il faut enfin que l'action soit intentée dans l'année qui suit l'époque où la promesse aurait du recevoir exécution ; art. 54. Cette courte prescription limitant à une année le délai de l'action en indemnité dans le cas où elle est recevable, est approuvée par la majorité des auteurs qui désireraient voir une semblable limitation dans notre droit français. Les tribunaux cependant, tiennent toujours compte dans leur appréciation du temps plus ou moins long pendant lequel le demandeur a gardé le silence.

La même transformation s'est opérée en Espagne. Avant la nouvelle législation qui règlemente la matière du mariage, les fiançailles étaient très usitées et étaient régies par les règles du droit canonique édictées par le concile de Trente. Ce sont les

mêmes décisions que nous avons examinées dans l'ancien droit français que nous retrouvons ici : obligation engendrée par les fiançailles de procéder au mariage, mais sous peine seulement de simples exhortations et remontrances prononcées par l'autorité ecclésiastique, empêchement d'honnêteté publique fondé sur une quasi-affinité et analogue à celui résultant de l'alliance, empêchement prohibitif pour l'une des parties de se marier avec un autre que son co-fiancé tant que le lien subsiste, mêmes causes enfin de dissolution des fiançailles. Il faut noter cependant quelques décisions particulières relatives aux cadeaux (1) et donations que se font les futurs époux auxquels on assimile d'ailleurs les présents faits à l'un d'eux par les parents de l'autre. Dans la crainte que sous l'empire d'une passion irréfléchie, les fiancés ne fussent entraînés à se faire des libéralités excessives, la législation ancienne limitait les présents des fiançailles au huitième du montant de la dot et déclarait nulle toute donation dépassant ce taux. Autrefois même l'excédent était confisqué et attribué au trésor. Lorsque la femme n'avait point de dot les tribunaux devaient réduire ou annuler ces libéralités lorsqu'elles leur paraissaient excessives, d'après les circonstances. Un autre moyen destiné, dans les prévisions de loi, à réprimer l'avidité de ceux qui auraient voulu abu-

(1) On les appelle dans la langue du droit donaciones esponsalicias et dans le langage vulgaire vistas, regalos de boda, galas, etc.

ser de l'inexpérience ou de la passion des fiancés, consistait à refuser aux marchands toute action pour le paiement d'objets qu'ils auraient livrés à crédit en vue des fiançailles. Hâtons-nous de dire, qu'il parait que cette règle était peu observée.

Mais entre fiancés, ces donations ne sont révocables que si le mariage ne s'ensuit pas par la faute du donataire ou par un motif étranger à la volonté des deux parties. Dans ce cas chacune d'elles, soit le jeune homme, soit la jeune fille, pourra réclamer la totalité de la donation qu'elle a faite, à la condition toutefois qu'il n'y ait pas encore eu l'échange solenel du baiser. Si, cette cérémonie a eu lieu, le donateur ne pourra réclamer que la moitié de la donation qu'il a effectuée. C'est la reproduction de la constitution romaine de l'empereur Constantin. Enfin le futur époux, lorsqu'il a consenti des *donaciones esponsalicias* à titre d'augment de dot, doit constituer une hypothèque légale pour les garantir, mais s'il les a promises à un autre titre, il peut à son choix les assurer par une hypothèque conventionnelle ou s'en dispenser, il n'est alors que personnellement obligé.

Le nouveau Code civil promulgué en 1878 est venu réformer complètement cette ancienne législation, et ne reconnait plus aucune valeur juridique aux fiançailles. Les articles 43 et 44 qui sont les seules dispositions s'y rapportent sont la reproduction pure et simple du code italien, tant au point de vue des effets de la promesse de mariage qu'au point de

vue de la durée de la prescription de l'action en dommages-intérêts qu'elle peut engendrer. Toutefois le point de départ de ce délai, dans le code espagnol, est le jour du refus de la célébration du mariage, tandis que, dans la loi italienne, c'est le jour ou la promesse aurait dû recevoir exécution.

La même doctrine est contenue dans l'article 1067 du code portugais, en date du 1er juillet 1867.

Le Code civil hollandais de 1838 consacre aussi le principe du mariage civil, admis depuis longtemps d'ailleurs dans les Pays Bas, et comme conséquence la nullité des promesses de mariage et de la clause pénale qui y serait ajoutée. Cependant une réparation pécuniaire peut-être éventuellement demandée lorsque les conditions exigées par les lois précédentes se trouvent réunies. Cette action se prescrit alors par dix-huit mois à dater du jour de la première publication.

Russie.

Le Code russe ne contient aucune disposition sur la matière, il se contente de dire dans l'article 23 que la solennité des fiançailles ne peut avoir lieu qu'à l'église aux jours et heures fixés pour ces céré-

monies, en la présence effective des contractants et de deux ou trois témoins, le tout conformément aux règles de l'Eglise orthodoxe. Les enfants nés en suite de fiançailles ne sont que de simples enfants naturels, sauf dans les provinces baltiques ou ils sont assimilés au contraire à des enfants légitimes, art. 149.

En Pologne, d'après la loi du 23 juin 1825, modifiée par la loi du 25 juin 1836 relative au mariage des catholiques romains, les fiançailles sont un empêchement au mariage que l'un des fiancés voudrait contracter avec un parent de l'autre au premier degré canonique : mais une dispense peut être accordée.

Vu : le Président de la Thése,
F. MOREAU.

Vu : le Doyen,
G BRY.

Vu et permis d'imprimer,
Le Recteur,
BELIN.

BIBLIOGRAPHIE

AUBRY et RAU, cours de droit civil français.

AULU-GELLE, nuits attiques.

BŒHMER, jus ecclesiast. protest.

BONIFACE, arrêts du Parlement de Provence.

de CAMBOLAS, arrêts notable du Parlement de Toulouse.

CANCIANI, barbarum leges antiquœ.

CHABROL, coutume de la province d'Auvergne.

CHARONDAS, coutume de Paris.

CHOPPIN, sur la coutume de Paris.

COLIN, des fiançailles et promesses de mariage, thèse. Paris 1887.

CUJAS, œuvres.

DELVINCOURT, cours de code civil.

DEMOLOMBE, cours de code Napoléon.

DESPEISSES, œuvres.

DIGESTE.

DONAT, œuvres.

DUBOIS, les fiançailles et promesse de mariage, thèse. Angers 1898.

DUCHESNE, du mariage, suivant le code civil français, le droit canonique et les législations des états modernes.

DURANTON, cours de droit civil français.

ETABLISSEMENTS DE SAINT-LOUIS, éd. Viollet.

FEVRET, traité de l'abus.

FOUCHER, code russe.

FOURNEL, traité de la séduction, éd. 1781.

GIRAUD, des promesses de mariage.

GLASSON, du consentement des époux au mariage.

GLASSON, droit et institutions d'Angleterre.

GLASSON, le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et les principales législations modernes de l'Europe.

GRÉGOIRE DE TOURS, histoire de France, éd. Omont.

HEINECCII, antiquitatum romanarum syntagma, éd. Haubold.

de HÉRICOURT, lois ecclésiastiques de France.

d'HOTMAN, de sponsalib. disput.

HUC, commentaire théorique et pratique du code civil.

HUC, le code civil italien et le code Napoléon.

d'IHÉRING, l'esprit du droit romain, trad. Meulenaere.

JOUITOU, le régime dotal.

LANEYRIE et DUBOIS, code civil portugais, du 1er juillet 1867 (1896).

LAROMBIÈRE, théorie et pratique des obligations.

LAURENT, principes de droit civil français.

LEHR, éléments de droit civil anglais (1885).

LEHR, éléments de droit civil espagnol (1880).

LEHR, éléments de droit civil russe (1877).

LEHR, éléments de droit civil scandinave (1901).

LEHR, code civil du canton de Zurich (1887).

LEHR, le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés (1899).

LEHR, traité de droit civil germanique (1892).

LOYSEL, institutes coutumières, éd. Dupin et Laboulaye.

MARCADÉ, revue critique.

MÉNARD, la vie privée des anciens.

MERLIN, répertoire de jurisprudence.

de MEULENAERE, code civil allemand et loi d'introduction.

NONIUS-MARCELLUS, éd. Quicherat.

PAVIT, le droit anglais codifié (1885).

PLINE, lettres.

POTHIER, traité du contrat de mariage.

Recueil des actes, titres et mémoires du clergé de France.

ROCHE, origines romaines et germaniques du contrat de fiançailles, thèse Grenoble.

de SAVIGNY, traité du droit romain, trad. Guenoux.

SÉNÈQUE, de beneficiis.

SERVAIS, codes belges.

SUÉTONE, œuvres.

TOULLIER, droit civil français.

VARRON, de lingua latina, éd. Lemaire (1585).

VAZEILLE, traité du mariage.

VIDAL, étude des moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques.

VIOLLET, précis de l'histoire du droit français, 2e éd.

WETTER, le droit civil en Belgique.

Recueils de Jurisprudence : Dalloz, Pandectes françaises, Sirey, Journal du Palais, Gazette des Tribunaux, le Droit, la France Juridiciaire, Revue notariale, la Loi, Recueil des arrêts de Grenoble, Chambéry, Colmar, Toulouse, Bordeaux, Aix, etc.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

DROIT ROMAIN

Pages

Section I. — *Droit primitif.* — Valeur juridique des sponsalia. — Efficacité de la clause pénale. — Nota censoria..... 3

Section II. — *Epoque classique.* — Les sponsalia n'ont aucune force obligatoire. — Nullité de la clause pénale. — Arrhes. — Cadeaux, donations, dot. — Infamie encourue en cas de doubles fiançailles. — Effets particuliers des sponsalia (devoir de fidélité, actio iuriarum contre les tiers, condictio furtiva, application de la loi Pompeïa, cas du fiancé engagé dans les légions, lois caducaires)..... 10

DROIT GERMANIQUE

Importance et valeur juridique des fiançailles. — Leurs effets..... 35

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Dualité de législations..... 43

Section I. — *Les sponsalia avant le concile de Trente.* — Valeur juridique. — Sponsalia de præsenti, sponsalia de futuro..... 46

Section II. — *Les sponsalia après le concile de Trente.* — Suppression des sponsalia de præsenti. — Valeur juridique des sponsalia de futuro ; leur sanction. — Effets des fiançailles : dommages-intérêts en cas de rupture injustifiée, empêchement prohibitif à un nouveau mariage, empêchement dirimant au mariage de l'un des fiancés avec les parents de l'autre. — Effets des sponsalia à terme ou sous condition. — Justes motifs de dissolution. — Stipulation de peine. — Arrhes. — Cadeaux, donations, dot. — Preuve des fiançailles. — Cas de séduction..... 52

Pages

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

CHAPITRE I. — *Valeur juridique des promesses de mariage.* — 1re Opinion. Force obligatoire, fondée sur l'article 1142. — 2e Opinion : nullité des promesses de mariage et de la clause pénale. — Promesses faites par deux pères de famille. 86

CHAPITRE II. — *Effets de la rupture des promesses de mariage vis-à-vis des personnes.* La rupture donne-t-elle droit à des dommages-intérêts ? Affirmative basée sur les articles 1382 et 1383, code civil. — Réfutation. — Etendue de la réparation pécuniaire accordée par la jurisprudence : préjudice matériel et moral. — Cas de grossesse ayant suivi la promesse de mariage. —Exposé et critique de la jurisprudence.— Les dommages-intérêts ne doivent pas comprendre le lucrum cessans 120

Conditions d'application des dommages-intérêts : il faut qu'il y ait eu promesse, préjudice causé, qu'il n'y ait pas juste motif de rupture 155

Promesses faites par un mineur..... 160

CHAPITRE III. — *Effets des promesses de mariage relativement aux biens.* — Contrat de mariage, dot, donations, cadeaux, corbeille de mariage..... 163

CHAPITRE IV. — *Preuve des promesses de mariage et de leur rupture.* — La preuve par témoins et par présomptions doit-elle être admise ? Négative. — Réfutation. — Preuve de la rupture..... 176

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Etats Scandinaves..... 185

Allemagne-Autrichie-Hongrie..... 194

Suisse..... 206

Angleterre 212

Italie, Espagne, Portugal, Pays-Bas..... 215

Russie 220

BIBLIOGRAPHIE 222